Der Erbe eines Mitglieds einer offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen rechts- und wirtschaftswissenschaftl. Fakultät
der Universität Tübingen

Vorgelegt von

Erich Fellmeth
Referendar.

Urach (Württbg.)
Fr. Bühlersche Buchdruckerei / Inh. Dr. Otto Weise
1931

Referent: Prof. Dr. Schönfeld.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0083

Literatur-Verzeichnis

(geordnet nach dem Erscheinungsjahr).

I. Kommentare.

1. Griesinger, Kommentar über das herzogl. wirtembergische Landrecht, 2. Band 1793.
2. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, 15. Teil, 1. Abteilung, 1813.
3. Anschütz-v. Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1870.
4. v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1. Band, 1871.
5. Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1. Band, 1882.
6. Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 1884.
7. Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 1891.
8. Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, 1897.
9. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 1. Band, 1901.
10. Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 2. Band, 1905.
11. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 3.—4. Auflage, 1910.
12. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage 1913 ff.
13. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, 2. Auflage, 1914.
14. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch von 1897, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Band 1908 und 4. Band 1917.
15. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auflage 1926.
16. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht, 6. Auflage, 1928.
17. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, 1929.

II. Handbücher, Lehrbücher und sonstige grössere Werke.

18. Carpzow, Jurisprudentia forensis. Romano-Saxonica, 1721.
19. Leyser, Meditationes ad Pandektas, Volumina III et IV, editio tertia, 1776.
20. v. Martens, Grundriss des Handelsrechts, insbesondere des Wechsel- und Seerechts, 3. Auflage, 1820.
21. Thöl, Das Handelsrecht, als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, 1. Band, 1841.
22. Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Kommanditen nach römischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, 1844.
23. Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, fortgesetzt von Endemann. 1853—1860.
24. Heise's Handelsrecht nach dem Originalmanuskript, 1858.
25. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Band, 2. Auflage, 1875.
26. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Band, 1.Abteilung, 2. Auflage, 1879.
27. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1. Band, 1881.
28. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1. Band, Abteilung I, 1886.
29. Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Auflage, 1887.
30. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Band, 1895, im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding.
31. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, II. Band, bearbeitet von Kipp, 1900.
32. Binder, Die Rechtsstellung der Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil, 1901.
33. Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland, 2. Auflage, 1904.
34. Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 1916.
35. Wieland, Handelsrecht, I. Band, 1921, im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Oetker.
36. Endemann, Erbrecht 1923, in den Grundrissen der Rechtswissenschaft, 5. Band, herausgegeben von Stier-Somlo.

37. Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1924.

38. Wolff, Sachenrecht, im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, von Enneccerus, Kipp und Wolff. 2. Band, 1. Abteilung, 1926.

III. Monographien, Dissertationen und Aufsätze.

39. Roesler, Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften, nach römischem Recht, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 4, 1861.

40. Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 6, 1863.

41. Stobbe, Miteigentum und gesamte Hand, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Band 4, 1864.

42. Stobbe, Miszellen, zur Geschichte des deutschen Handelsrechts, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 8, 1865.

43. Voigtel, Inwieweit können die Erben eines Einzelkaufmanns oder Handelsgesellschafters durch Verträge oder letztwillige Verfügungen in Auflösung oder Fortsetzung der Firma beschränkt werden? im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von F. B. Busch, Band 10, 1867.

44. Anschütz, über die stillschweigende Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters, im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von F. B. Busch, Band 12, 1868.

45. v. Kräwel, Ueber die selbständige Befugnis der Erben die offene Handelsgesellschaft fortzusetzen, in welcher ihr Erblasser gestanden hat, Art. 123 Nr. 2 des HGB's im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von F. B. Busch, Band 13, 1868.

46. Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 24, 1879.

47. Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, 1883, erschienen in Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte.

48. Viezens, Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 35, 1889.

49. Weber, Max, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, 1889.

50. Neumond, Der Automat, ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 89, 1899.

51. Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 49, 1900.

52. Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. 12. 1900, im Archiv für bürgerliches Recht, Band 19, 1901.

53. Pinkernelle, Die rechtliche Stellung des Erben eines Gesellschafters gemäss BGB. und HGB., Rostocker, Dissertation 1902.

54. Ullmann, Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, in der juristischen Wochenschrift 1902, S. 51 ff.

55. Markus, Die Rechnungslegung bei abgetretenem Gesellschafteranspruch, in der Zeitschrift „Das Recht", Jahrgang 1903 S. 425.

56. Sames, Die Rechtsstellung der Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB., Marburger Dissertation, 1903.

57. Markus, Kann die Erbengemeinschaft Mitglied von offenen Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften sein? in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, 19. Jahrgang, 1910.

58. Ehrenberg, Ueber einige wichtige Fragen der Lebensversicherung, in der Zeitschrift „Das Recht", 1911 S. 13.

59. Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 1911.

60. Flechtheim, Besprechung der Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. 3. 1917, in der juristischen Wochenschrift, 1917 S. 539 Nr. 7.

61. Kretzschmar, Die Gestaltung der Haftung des Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft als Teilhaber angehörte, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, 17. Jahrgang, 1917.

62. Jonen, Die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Kölner Dissertation, 1921.

63. Zitelmann, Uebertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 73, 1923.

64. Krückmann, Uebertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 74, 1924.

65. Schönfeld, Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft, Versuch einer juristischen Theorie der Rechtsperson in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 75, 1925.

66. Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts, in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band 2, 1929.

IV. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

67. Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen von A. Bolze.

68. Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel, später Karl Heymann's Verlag mit Rechtsprechungsbeilage.

69. Deutsche Juristenzeitung (abgek. D.J.Z.).

70. Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom deutschen Anwaltsverein (abgek. J.W.).

71. Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, mit Sonderbeilage „Deutschlands höchstrichterliche Rechtsprechung".

72. Monatsschrift für Handelsrecht, begründet von Holdheim.

73. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung (abgek. RG. mit Band- und Seitenangabe).

74. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, (abgek. O.L.G. mit Band- und Seitenangabe).

75. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow † und Ring abgek. K.G.J. mit Band- und Seitenangabe).

V.

76. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten, nebst Motiven, Berlin 1857.

77. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von Lutz, 1858.

78. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897, Verlag J. Guttentag.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Abschnitt: Einleitende geschichtliche Vorbetrachtung 1

II. Abschnitt: Das geltende Recht 9

1. Kapitel: Die Rechtsstellung des Erben bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters 9

A. Die Erbfolge in die Gesellschaftsrechte 9
B. Die Vermögensrechte des Erben 12
C. Die Verwaltungsrechte des Erben 18
D. Die Haftung des Erben 23

2. Kapitel: Die Rechtsstellung des Erben bei Fortsetzung der Gesellschaft durch die überlebenden Gesellschafter nach dem Tode des Erblassers . . 27

A. Die ratio legis und die Voraussetzungen zur Anwendung des § 138 HGB. 27
B. Die Erbfolge in die Rechte der §§ 738—740 BGB. 29
C. Die einzelnen Rechte des Erben 32

3. Kapitel: Die Rechtsstellung des Erben bei Fortsetzung der Gesellschaft durch ihn und die überlebenden Gesellschafter 37

A. Die Theorie der Erbfolge in die Gesellschaftsrechte . . . 37
B. Die Voraussetzungen zur Anwendung des § 139 HGB. . . 50
C. Die Erbenstellung beim Erbschaftsanfall 61
D. Der Erbe als offener Handelsgesellschafter 63
E. Der Erbe als Kommanditist 67
F. Der ausscheidende Erbe 72
G. Der Erbe bei Auflösung der Gesellschaft 75
H. Der § 139 als zwingendes Recht 76
J. Die Ehefrau als Erbin i. S. des § 139 HGB. 77

I. Abschnitt.

Einleitende geschichtliche Vorbetrachtung.

Das Rechtsgebilde der offenen Handelsgesellschaft (O.H.G.) ist das Ergebnis einer Jahrhunderte dauernden Entwicklung, die schon im frühen Mittelalter mit der Bildung von Handelsgesellschaften einsetzt und im 13.–15. Jahrhundert einen gewissen Höhepunkt erreicht, als der Handel in Deutschland, insbesondere im Süden, in den Städten Ulm, Augsburg, Nürnberg und im Norden, im Bereich des Hansabundes eine weltumfassende Bedeutung erlangt hatte. Die folgenden Jahrhunderte der Religionskämpfe, des 30 jährigen Krieges und der politischen Ohnmacht des Deutschen Reiches, die durch eine furchtbare Verwüstung des Wirtschaftslebens und durch eine allgemeine Armut aller Bevölkerungsschichten gekennzeichnet sind, bedeuten einen Stillstand in der Entwicklung der Handelsgesellschaften. Erst die am Ende des 18. Jahrhunderts mit der Erfindung der Dampfmaschine und des mechanischen Webstuhls einsetzende Epoche der kapitalistischen Wirtschaft brachte auch der Gesellschaftsbildung neuen Antrieb und führte allenthalben zur Entstehung von Handelsgesetzen, z. B. des allgem. preuss. Landrechts von 1794, des code de commerce und code civil in Frankreich 1807, und des österr. allgem. bürgerlichen Gesetzbuchs von 1812. Einen vorläufigen Abschluss der Rechtsentwicklung brachte dann das im Jahre 1861 erlassene allgem. deutsche Handelsgesetzbuch (A.D.HGB.) das in seiner Umarbeitung zum Handelsgesetzbuch von 1897, im Zusammenhang mit dem bürgerlichen Gesetzbuch (BGB.) das geltende Recht der Handelsgesellschaften enthält.

Die Literatur über deutsches Handelsrecht im allgemeinen und daher auch über Handelsgesellschaften ist bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts überaus dürftig. Im Mittelalter bilden vereinzelte Vorschriften der Stadtrechte die einzigen Quellen und so fliesst unsere Kenntnis des damaligen Gesellschaftsrechts vorwiegend aus dem Studium der erhaltenen Gesellschafts-Vertragsurkunden.[1], [2]

Ihrem Ursprung nach ist die O.H.G. eine deutsche Rechtseinrichtung, zwar beeinflusst durch italienisches Stadtrecht, aber doch vorwiegend entstanden und herausgewachsen aus dem Kreise der

[1] Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters 1883 S. 35.

[2] Stobbe, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 8 S. 51 ff.

Familie und dem Verband der Ganerbschaft des deutschen Rechts.[1][2][3][4][5][6]

Beim Tode des Familienoberhaupts fand nach deutschem Recht regelmässig keine Teilung statt; vielmehr lebten alle Familienglieder um eine Zersplitterung des Familiengutes zu vermeiden in der Haushaltgemeinschaft weiter, ohne Teilung des Vermögens. In gleicher Weise bildeten die Ganerbschaften eine Personengemeinschaft mit ungeteiltem Vermögen. Der Abschluss des Ganerbenvertrags geschah unter Eid und auf ewige Zeiten; er war unauflöslich und eine Aufteilung des Gesellschaftsvermögens daher regelmässig ausgeschlossen.

In diesen beiden Gebilden, dem Verband der Familie und der Ganerbenschaft mit ihren Angehörigen und ihrem Vermögen darf man die ersten Handelsgesellschaften erblicken.[7][8] So ist es auch zu erklären, dass Rechtssätze der Ganerbschaft und andere familien- und erbrechtliche Grundsätze auf die Handelsgesellschaften Anwendung finden; denn die damalige Gesellschaft ist im Grunde nichts anderes als die Betätigung des Familien- und Ganerbenverbandes auf dem Gebiete des Handels. Neben diesem familien- und erbrechtlich gebundenen Typ bilden sich allmählich auch Gesellschaften mit vertraglichen Bindungen und dem ausgesprochenen Ziel der Handelstätigkeit. Diese Verträge werden auch fast ausschliesslich unter Verwandten abgeschlossen; denn nur das Band der Blutsverwandtschaft kann in jenen Zeiten schwachen Rechtsschutzes Gewähr bieten für das notwendige Vertrauen unter den Gesellschaftern.

Mit der gewaltigen Ausdehnung des Handels im 13./15. Jahrhundert wird der Rahmen der Verwandtschaft bei der Gesellschaftsbildung und -Umbildung vielfach zu eng, weil deren Kräfte für den Umfang der Geschäfte nicht mehr ausreichen. Die Notwendigkeit grosse Kapitalien zu vereinigen zwingt dazu, auch blutsfremde Personen in die Gesellschaft aufzunehmen und damit das natürliche Band der Blutsverwandtschaft mehr und mehr durch das Rechtsband des Gesellschaftsvertrages zu ersetzen.

Entsprechend dieser doppelten Grundlage des Vertrags und der familien- und erbrechtlichen Gebundenheit ergeben sich auch beim Tode eines Gesellschafters mehrfache Folgen für die Gesellschaft und die Erben. Die als Quellen zu benützenden Ges.Ver-

---

[1] Lastig, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 24 S. 431 ff.
[2] Kuntze, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 6 S. 183.
[3] Max Weber, zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter 1889 S. 44 ff.
[4] Schmidt, a. a. O. S. 3 ff.
[5] Viezens, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 35 S. 112.
[6] Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 1. Band 1875 S. 272 ff. u. S. 286.
[7] Kuntze, a. a. O. S. 209 ff.
[8] Lastig, a. a. O. S. 437.

träge bieten ein Bild grosser Mannigfaltigkeit.[1] Vielfach löst der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft auf, wobei eine Vermögensauseinandersetzung stattfindet, an der die Erben mit dem Anteil ihres Erblassers teilnehmen. In anderen Fällen werden die Erben abgefunden und die Gesellschaft durch die überlebenden Mitglieder fortgesetzt. Häufig treten endlich die Erben an Stelle ihres Erblassers in die Gesellschaft ein. Dieser Grundsatz gilt hauptsächlich für die familien- und erbrechtlich gebundene Gesellschaft und ergibt sich aus der durch Verwandtschaft und Abstammung herrührenden persönlichen und sittlichen Verbundenheit der Mitglieder, die durch den Eintritt des Erben erhalten und fortgesetzt werden soll.[2] Anders beim Zusammenschluss blutsfremder Gesellschafter. Hier wurde die Rechtsstellung der Erben eines Mitglieds regelmässig im Ges.Vertrag bestimmt und danach konnte beim Tode eines solchen Auflösung oder Fortführung der Gesellschaft mit oder ohne Erben erfolgen. So soll z. B. wie Schmidt[3] erwähnt, in der Weisshaupt'schen Gesellschaft in Ulm beim Tode eines Sozius dessen Erbe in die Gesellschaft eintreten, während beim Tode zweier Mitglieder Auflösung stattfindet; oder soll nach dem Dresdener Schöffenrecht die Gesellschaft nur dann fortbestehen, wenn die Erben keine Teilung verlangen, andernfalls aufgelöst werden; oder soll endlich nach Antwerpener Recht die Gesellschaft beim Tode eines Sozius nicht aufgelöst werden, ausser wenn der Leiter des Gesellschaftshandels stirbt.

Stobbe[4] und Viezens[5] erwähnen als Quellen die Nürnberger Reformation von 1522, Titel XXX Gesetz 4 und diejenige von 1564 Titel XVIII Gesetz 7, sowie die auf diesen beruhende Frankfurter Reformation von 1578 Teil II, Titel 23, §§ 6 und 7 wo es heisst: „wenn der Sozietätsvertrag nicht eine besondere Bestimmung enthält, haben die Erben kein Recht und keine Pflicht in den Sozietätsvertrag einzutreten. Nur in dem Fall haben sie ein Recht auf Eintritt, den anderen Sozii gegenüber, wenn die Gesellschaft von ihren Eltern gegründet wurde und die anderen Sozii keinen erheblichen, von dem Richter in seiner Bedeutung zu prüfenden Einwand erheben können". Zu erwähnen ist auch das Zitat bei Viezens[6] über der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuten Teil II, Titel 10 § 9: „Stirbet einer von den Mascopey Brüdern, so ist die Gemeinschaft dadurch aufgehoben und ist der Erbe, in der Macopey zu bleiben unverbunden. Doch so von seinen Vorfahren ein gewisser Handel angefangen und Unkosten darauf gewandt, ist der Erbe schuldig, denselben auf Gewinn und Verlust zu vollbringen."

[1] Schmidt, a. a. O. S. 79 ff.
[2] Goldschmidt, a. a. O. S. 287.
[3] Schmidt, a. a. O. S. 79 ff.
[4] Stobbe, a. a. O. S. 54.
[5] Viezens, a. a. O. S. 113 Anm. 60.
[6] Viezens, a. a. O. S. 115 Anm. 60.

Die Ges.Verträge enthalten mitunter auch Einzelvorschriften für die Erben, so z. B. die Pflicht dem überlebenden Sozius bei der Einziehung von Aussenständen behilflich zu sein. Auch konnten die Erben vertraglich verpflichtet werden, für den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft den Kapitalanteil ihres Erblassers nach dem Erbfall noch eine Zeit lang in der Gesellschaft zu belassen, unter Beteiligung am Gewinn und Verlust. Dadurch sollte einer infolge grosser Erbschaftsauszahlungen möglicherweise entstehenden gefährlichen Verminderung des Gesellschaftskapitals vorgebeugt werden.[1]

Ueberblickt man die Ergebnisse der Quellenforschung von Schmidt und Stobbe, so darf als Erkenntnis für die vorliegende Abhandlung folgendes festgestellt werden: Im Mittelalter und der beginnenden Neuzeit sind die beim Tode eines Gesellschafters entstehenden Rechtsbeziehungen der überlebenden Mitglieder und der Erben des Verstorbenen weder gewohnheitsrechtlich, bei der Errichtung von Ges.Verträgen, noch in den schriftlichen Aufzeichnungen der wenigen sich mit dieser Materie befassenden Stadtrechte umfassend und einheitlich geregelt worden. Vielmehr begnügen sich Ges.Verträge und Stadtrechte mit der Aufstellung weniger verschiedenartiger Einzelvorschriften, die die Rechtsstellung der Erben nur nach einzelnen Seiten hin zu erfassen suchen.

Mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland traten die Normen der römischen Sozietät neben die bisherigen, vorwiegend im Wege des Gewohnheitsrechts und der Tradition ausgebildeten deutschrechtlichen Anschauungen .Die Sozietät unterscheidet sich nun aber von der deutschrechtlichen Handelsgesellschaft in wesentlichen Merkmalen. Sie ist ein Consensual-Contract, dessen Wirkung sich nur in einem Innenverhältnis der Mitglieder zueinander äussert. Eine Existenz nach aussen, wie sie sich bei der Handelsgesellschaft hauptsächlich aus der unbeschränkten Haftung der Mitglieder ergibt, fehlt der societas durchaus.[2 3 4 5]

Aus der reinen Vertragsnatur der Sozietät erklären sich auch die Vorschriften des römischen Rechts, dass beim Tode eines Mitglieds grundsätzlich die Gesellschaft kraft Gesetzes aufgelöst wird, ausser wenn bei Abschluss des Ges.Vertrags der Fortbestand der Gesellschaft mit den überlebenden Mitgliedern vereinbart war. Eine Vereinbarung des Inhalts aber, dass der Erbe eines verstorbenen Gesellschafters dessen rechtliche Stellung in der Gesellschaft einnehmen soll, ist ungültig.[6] Der Grund dieser Bestimmung findet sich in den Institutionen,[7] wo es heisst: „solvitur adhuc societas

[1] Schmidt, a. a. O. S. 79 Nr. 3.
[2] Rösler, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 4 S. 257.
[3] Sohm—Mitteis, Lehrbuch des römischen Rechts 1924 S. 435 III.
[4] Endemann, Das deutsche Handelsrecht 1887 S. 113.
[5] Max Weber, a. a. O. S. 3 ff.
[6] D. 17/2/65/9; D. 17 2/35 pr.; D. 17/2/59 pr.
[7] J. 3/25/5.

etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit.“ [1] [2]

Dem römischen Recht ist also ein Wechsel in der Person eines Gesellschafters durch Erbgang wie in den Familiengesellschaften des deutschen Rechts üblich, schlechthin undenkbar, weil es davon ausgeht, dass die besondere Individualität jedes Sozius so massgebend für den Abschluss der Sozietät ist, dass ein Wechsel gegen die Natur des Vertrags, als eines persönlichen Vertrauensverhältnisses verstossen würde. Der Grundsatz gilt indessen nur insoweit, als der Erbe nicht auf Grund des ursprünglichen Ges.Vertrags mit dem Tode des Erblassers in die Gesellschaft eintreten kann. Dem Eintritt des Erben durch Abschluss eines neuen Vertrags nach dem Tode des Erblassers, der denselben Inhalt haben kann, wie der mit dem Erblasser geschlossene, steht dagegen nichts im Wege.

Doch auch im römischen Recht ist eine einzige Ausnahme von jenem Grundsatz zu Gunsten der societates vectigalium publicorum zugelassen worden:[3] „in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est.“ Es ist durchaus verständlich, dass sich bei den grossen Steuerpachtgesellschaften mit ihrem umfangreichen Filialsystem frühzeitig das Bedürfnis geltend machte, den Bestand der Gesellschaft von dem Leben des einzelnen Mitglieds unabhängig zu gestalten.[4]

Es wäre aber falsch zu glauben, dass diese Ausnahmebestimmung des Sozietätsrechts durch die Rezeption nach Deutschland gekommen sei und in einem Zusammenhang stehe mit den später zu erörternden Vorschriften des allgemeinen Landrechts, des österreichischen Gesetzbuchs oder des Artikels 123 Nr. 2 des A.D. H.G.B. Sie ist vielmehr auf spezifisch römische Verhältnisse zugeschnitten und hat in Deutschland keine praktische Bedeutung erlangt.

Vergleicht man nun die Grundsätze des röm. Rechts mit den oben erwähnten deutschrechtlichen Bestimmungen der Ges. Verträge und Stadtrechte, so ist folgendes festzustellen: Beide Rechte stimmen im wesentlichen darin überein, dass beim Tode eines Mitglieds entweder die Gesellschaft aufgelöst wird und eine nachfolgende Auseinandersetzung der Mitglieder stattfindet oder aber die Gesellschaft ohne die Erben unter den überlebenden Mitgliedern fortgeführt wird. Das deutsche Recht anerkennt jedoch abweichend vom röm. Recht noch die dritte Möglichkeit, dass der oder die Erben nach dem Tode des Erblassers an dessen Stelle in die Gesellschaft treten, wobei diese Rechtsnachfolge auf familien- oder

---

[1] Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 1900 § 408 S. 740.
[2] Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1879 S. 791 ff.
[3] D. 17/2/59 pr.
[4] Rösler, a. a. O. S. 74.

erbrechtlicher Grundlage oder auf einer entsprechenden Vereinbarung im Ges.Vertrag beruhen kann.

Diese bemerkenswerte Abweichung deutschen und römischen Rechts hat sich aber in den folgenden Jahrhunderten unter der Herrschaft des gemeinen Rechts nicht lebendig erhalten; vielmehr ist das römischrechtliche Verbot der Vererblichkeit der Ges.Rechte geltendes Recht geworden. So führt Benedikt Carpzow aus:[1] „contra naturam enim contractus illius tenderet haec pactio, si quidem in societatis contractu certi hominis fides, diligentia, solertia et industria eligitur". Die Begründung Carpzows ist offensichtlich dieselbe wie in J. 3/25/5[2] und stellt darauf ab, dass die Gesellschaft hauptsächlich mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften der Mitglieder eingegangen sei, so dass es unnatürlich erscheine, wenn ein Erbe Nachfolger werde, von dem man nicht wisse, ob er die gleichen guten Eigenschaften wie sein Erblasser besitze. In ähnlicher Weise äussert sich auch Augustin Leyser.[3] Soweit ersichtlich nimmt er erstmals auch Stellung gegenüber einer vereinzelten Ansicht, wonach jure germanico der Uebergang der Sozietät auf die Erben zulässig sei, wobei er seine ablehnende Ansicht damit begründet, dass die Deutschen das römische Recht als Ganzes und daher auch jenes Verbot der Vererblichkeit rezipiert haben.

Diese gemeinrechtliche Doktrin hat sich bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts erhalten und wurde erst von da an mehr und mehr durch die deutschrechtliche Anschauung wieder verdrängt. Noch um die Wende des 18. Jahrhunderts vertreten die gemeinrechtlichen Kommentatoren mit Entschiedenheit die römische Auffassung.[4 5 6 7]

Das Wiedererwachen des deutschrechtlichen Gedankens von der Vererblichkeit der Ges.Rechte steht nun aber in engem Zusammenhang mit den drei grossen Codifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, nämlich dem Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, dem Code Napoléon von 1807 und dem Allgemeinen Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der Oesterreichischen Monarchie von 1812. Diese Gesetzbücher haben die Entwicklung des Wirtschaftslebens und die Bedürfnisse des Handelsstandes berücksichtigt und insgesamt, wenn auch in verschiedener Ausgestaltung die Fortsetzung der Handelsgesellschaft mit den Erben anerkannt. So stellt das Oestr. Gesetzbuch in seinem § 1207 mangels einer entsprechenden Vertragsabrede die Vermutung auf,

[1] Benedikt Carpzow, Jurisprudentia forensis Romano Saxonica, part. II, constit. 37, definit. 28 S. 587 vom Jahre 1721.

[2] Vgl. oben Seite 4 unten.

[3] Augustin Leyser, Meditationes ad Pandektas Vol. III et IV. Corollarium S. 388 vom Jahre 1776.

[4] Griesinger, Kommentar ü. d. herzogl. württ. Landrecht von 1793, II. Band S. 391 ff. Anm. g. u. h.

[5] Glück, Erläuterung der Pandekten 1813, 15. Teil S. 471 m. Anm. 64 ff.

[6] Thöl, das Handelsrecht als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht, 1841 I. Band S. 125 ff.

[7] Heise's Handelsrecht 1858 S. 62.

dass die überlebenden Mitglieder die Gesellschaft unter sich fortsetzen wollen und bestimmt in § 1208 ausdrücklich, dass, wenn der Ges.Vertrag auch auf die Erben laute, diese verpflichtet seien, sich dem Willen des Erblassers zu fügen. In ähnlicher Weise gestaltet sich die Rechtslage nach Art. 1868 des Code Napoléon. Auch er anerkennt die Rechtsverbindlichkeit einer Vertragsklausel, wonach im Fall des Todes eines Mitglieds die Gesellschaft entweder mit seinen Erben oder unter den überlebenden Mitgliedern fortbestehen soll. In kasuistischer Breite, aber durchaus im Sinne des deutschen Rechts hat das A.L.R.[1] die Materie geregelt. Danach treten die Erben eines Handelsgesellschafters sogar ohne eine vertragliche Fortsetzungsklausel an die Stelle ihres Erblassers in die Gesellschaft ein, wenn dieser an dem Betriebe des Geschäfts keinen tätigen Anteil genommen hatte. Hatte der Erblasser tätigen Anteil genommen, so steht den Erben und jedem überlebenden Gesellschafter ein Rücktrittsrecht zu. Ist dagegen im Ges.Vertrag ausdrücklich bestimmt, dass die Erben in der Sozietät bleiben sollen, so sind sowohl die Erben als auch die übrigen Mitglieder an den Vertrag gebunden.[2]

Von diesen drei grossen Gesetzgebungswerken, die sich unter Anpassung an die veränderten Lebensverhältnisse soweit erforderlich mehr und mehr von den römischrechtlichen Gedanken befreit haben, ist nun auch auf diejenigen Teile Deutschlands ein Einfluss ausgeübt worden, in denen noch mangels eigener Codificationen im wesentlichen gemeines Recht in Geltung geblieben war. Auf diese Weise und unter dem Zwang wirtschaftlicher Bedürfnisse haben auch auf den Gebieten des gemeinen Rechts die deutschrechtl. Anschauungen Fuss gefasst und sind als derogierendes Gewohnheitsrecht dem gemeinen Juristenrecht gegenübergetreten. Die Entwicklung führte allmählich dahin, dass auch in der Literatur die Ansichten sich häuften ,die annahmen, dass das römischrechtl. Verbot durch entgegenstehendes deutsches Gewohnheitsrecht ausser Kraft gesetzt sei. Man war sich aber bei den Vertretern dieser Auffassung darüber nicht einig, ob die Erben zur Fortsetzung der Gesellschaft nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet werden können. So nimmt z. B. Martens[3] an, dass der Erblasser durch den Ges.Vertrag nicht nur die Mitglieder, sondern auch seine Erben zur Fortsetzung der Gesellschaft gültig verpflichten könne, während Treitschke[4] und Brinckmann[5] die Möglichkeit verneinen, dass man durch eine vertragliche Bestimmung die Erben zur Fortsetzung

---

[1] Allgem. Landrecht für die Preuss. Staaten von 1794 Abschnitt III. Titel 17, Teil 1 §§ 278—282.

[2] Vergl. die Ausführungen des Reichsgerichts in E.R.G. Band 16 S. 48 ff.

[3] Martens, Grundriss des Handelsrechts, 1820 S. 35.

[4] Treitschke, die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft, 1844 S. 195 ff.

[5] Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1853 S. 184 ff.

zwingen könne. Treitschke empfiehlt daher mit Hilfe einer entsprechenden Bestimmung im letzten Willen den Erben zur Fortsetzung zu verpflichten, während Brinckmann auf Grund der Fortsetzungsklausel die Erben nur für verpflichtet hält, den Anteil ihres Erblassers noch eine bestimmte Zeit nach seinem Tode in der Gesellschaft zu belassen, jede weitergehende Verpflichtung dagegen ablehnt. Auch Endemann[1] vertritt die Auffassung, dass schon vor dem A.D.HGB. ein dem gemeinen Recht derogierendes deutsches Gewohnheitsrecht sich entwickelt habe.

Zusammenfassend wird man in Uebereinstimmung mit den Darlegungen des Reichsgerichts[2] den Stand der Entwicklung dahin beurteilen müssen: Bis zum Erlass des A.D.HGB. von 1861 standen sich im Geltungsbereich des gemeinen Rechts bezüglich der Frage der Vererblichkeit der Ges.Rechte im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber, 1. die gemeinrechtliche der Romanisten, die an dem Verbot der Digesten[3] festhält und demgemäss eine Fortsetzungsvereinbarung des Ges.Vertrags für ungültig erklärt und 2. die deutschrechtliche, die das Bestehen eines Gewohnheitsrechts annimmt, durch das jenes Verbot ausser Kraft gesetzt sei, wobei jedoch bestritten blieb, ob der Erblasser seinen Erben auch die Verpflichtung zum Eintritt in die Gesellschaft auferlegen könne.

Das A.D.HGB. hat in Art. 123 Nr. 2 die Streitfrage im Sinne der deutschen Rechtsauffassung entschieden und daselbst ausdrücklich anerkannt, dass die Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Mitglieds fortbesteht, wenn im Ges.Vertrag eine dahingehende Bestimmung getroffen war. Es hat auch bezüglich der übrigen beim Tode eines Mitglieds für Gesellschaft, Mitglieder und Erben eintretenden Rechtsfolgen, die bisherigen vom römischen und deutschen Recht gleichermassen entwickelten Grundlagen beibehalten und sie im Anschluss an das preuss., österr. und franz. Recht nur in ihrer rechtlichen Einzelausgestaltung verfeinert. Das gilt insbesondere für den Hauptgrundsatz, dass der Tod eines Mitglieds die Gesellschaft auflöst und eine Verpflichtung der überlebenden Mitglieder zu ordnungsmässiger Auseinandersetzung unter sich und mit den Erben begründet, sowie für die Ausnahme, nach welcher die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern von den überlebenden Mitgliedern fortgeführt wird, wenn im Ges.Vertrage vor dem Tode eine dahingehende Bestimmung getroffen war.[4] Dieselben Bestimmungen sind dann auch in das neue HGB. von 1897 übernommen worden.[5]

---

[1] Endemann, das deutsche Handelsrecht, 1887 S. 151 Anmerk. 13.
[2] E.R.G. Bd. 16 S. 46.
[3] D. 17/2/65/9.
[4] vergl. Art. 123 Nr. 2, und Art. 127 A. D. HGB.
[5] vergl. §§ 131 Nr. 4, 138, 139 HGB.

II. Abschnitt.

Das geltende Recht.

Beim Tode eines Mitglieds einer O.H.G. kann die Rechtsstellung des Erben, je nach dem Inhalt des Ges.Vertrags dreifach verschieden geartet sein:

1. Die Gesellschaft wird aufgelöst und es findet eine Auseinandersetzung der Mitglieder unter sich und den Erben statt.
2. Die Gesellschaft wird von den überlebenden Mitgliedern unter entsprechender Abfindung des Erben fortgeführt.
3. Die Gesellschaft wird von den überlebenden Mitgliedern zusammen mit einem oder mehreren Erben weitergeführt.

Diese Dreiteilung, auf der das geltende Recht beruht, und die schon das A.D.HGB. getroffen hatte, soll als natürliche Gliederung auch der Abhandlung zu Grunde gelegt werden.

1. Kapitel.

Die Rechtsstellung des Erben bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters.

A.

Die Erbfolge in die Gesellschaftsrechte.

Schon im alten HGB. von 1861 findet sich der Grundsatz des Gesellschaftsrechts, dass durch den Tod eines Mitglieds die Gesellschaft aufgelöst wird.[1] Wie im römischen und deutschen Recht beruht diese Vorschrift auf dem Gedanken, dass der Ges.Vertrag im Vertrauen auf die Persönlichkeiten der Gesellschafter abgeschlossen werde und dass der Tod eines solchen das alle verbindende Band löse, die Gesellschaft sonach in ihrem Wesen zerstöre. Daher müsse dieser Umstand von Rechts wegen die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben. Der genannte Rechtssatz, der auch ins neue HGB[2] übernommen wurde, ist aber mit Rücksicht auf wirtschaftliche Bedürfnisse nur dispositiver Natur und kann durch den Ges.Vertrag durchbrochen werden. So gewähren die Art. 123 Nr. 2, 127 des A.D.HGB. und die entsprechenden §§ 131 Ziff. 4, 138, 139 HGB. die Möglichkeit, mit Hilfe einer Vertragsabrede die Auf-

[1] vergl. Art. 123 Nr. 2 A. D. HGB.
[2] vergl. § 131 Z. 4 HGB.

lösung zu vermeiden und die Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern allein oder zusammen mit den Erben des Verstorbenen fortzusetzen. Fehlt eine solche vertragliche Bestimmung, dann fällt also der Regel entsprechend der Erbfall des Gesellschafters mit dem Erbfall der Gesellschaft zusammen. Das hat zur Folge, dass für die Rechtsstellung der Erben des verstorbenen Mitglieds sowohl die erbrechtlichen Vorschriften der §§ 1922 ff. BGB. als auch die handelsrechtlichen Bestimmungen über Auflösung und Liquidation der O.H.G. Anwendung finden müssen. Die hierbei entstehenden rechtlichen Schwierigkeiten sind im Gesetz nicht systematisch gelöst, sondern nur in dürftigen zerstreuten Einzelvorschriften erwähnt.[1] Es erwächst daher die Aufgabe zu versuchen, auf dieser ungenügenden Grundlage die Tendenzen des Gesetzgebers zu erkennen, um im Rahmen und im Geiste des Gesetzes das Fehlende zu ersetzen.

Die Wirkung der Auflösung auf den rechtlichen Charakter der O.H.G. ist nicht so, wie man nach dem Begriff „Auflösung" erwarten sollte. Weder der Personenverband der Mitglieder, noch der Bestand des Ges.Vermögens zerfällt, vielmehr bleibt die Gesellschaft in ihren wesentlichen Rechtsmerkmalen erhalten (Liquid. Ges.), soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt.[2] Bemerkenswert ist die abweichende Regelung im BGB.,[3] wonach die Gesellschaft nur insoweit als fortbestehend gilt, als es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert. Die Liquid.Ges. bleibt auch solange eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand, bis das letzte Vermögensstück verteilt ist. Erst dann ist die Vermögensgemeinschaft beendet und löst sich der Personenverband auf.

Die Merkmale durch welche die Liquid.Ges. sich von der OHG. unterscheidet sind weniger rechtlicher als vielmehr wirtschaftlicher Natur. Man kann die Liquid. Ges. eine Gesellschaft mit umgekehrtem wirtschaftlichem Vorzeichen nennen. Denn die bestehende Gesellschaft bewirkt den Kapitalumschlag zum Zwecke des Profits, der Vermehrung ihres Vermögens, die Liquid.Ges. dagegen verwandelt ihre Vermögenswerte in Geld zum Zwecke der Verteilung unter ihre Mitglieder.

Dieser Liquidationszweck, auf den das Gesetz im § 156 HGB. verweist, ist also der rechtliche Gesichtspunkt unter dem neben den ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 109/130 und 145/158 HGB. das Wesen und die Struktur der Liquid.Ges. zu beurteilen ist. Er muss daher auch mangels eingehender geestzlicher Regelung für die Rechtsstellung des Erben eines verstorbenen Gesellschafters massgebend sein.

Der Erbe ist Gesamtrechtsnachfolger (§1922 ff. BGB.). Er tritt grundsätzlich in die Gesamtheit aller vermögensrechtlicher Beziehungen des Erblassers, in Rechte und Verbindlichkeiten ein. Das

[1] Vergl. die §§ 137, 146 Abs. 1 S. 2, 148 Abs. 1, 157 Abs. 3 HGB.
[2] Vergl. § 156 HGB.
[3] vergl. § 730 Abs. 2.

gleiche gilt für mehrere Erben. Sie bilden eine Gemeinschaft zur gesamten Hand mit dem Nachlass als gemeinschaftlichem Vermögen.

Der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge erleidet jedoch Ausnahmen zu Gunsten unvererblicher Rechte und Pflichten, die mit dem Tode des Erblassers erlöschen. Dazu gehören vor allem diejenigen Rechte und Pflichten, die mit der Persönlichkeit des Erblassers so eng verknüpft sind, dass sie nicht auf die Erben übergehen sollen.[1] [2]

Die Gesellschaftsrechte sind nun aber nach doppelter Richtung hin besonders geartet, insofern als bei ihnen der Grundsatz der Unvererblichkeit durch den Ges.Vertrag durchbrochen werden kann[3] und sie infolge ihrer dualistischen Natur zum Teil vererblich, zum Teil unvererblich sein können. Denn die Mitgliedschaftsrechte bestehen, da sowohl die Person als auch Vermögen des Erblassers in eine Organisation eingegliedert sind, aus einer Sphäre von Vermögensrechten und einer Sphäre von Verwaltungsrechten. Beide Arten von Rechten sind aber nicht in gleicher Weise vererblich.

Die Verwaltungsrechte sind dem Erblasser entweder durch Gesetz[4] oder soweit sie über den gesetzlichen Umfang hinausgehen, durch den Ges.Vertrag verliehen und beruhen auf seinen besonderen kaufmännischen oder technischen Fähigkeiten, der Rücksicht auf langjährige Geschäftserfahrung oder persönlicher Vertrauenswürdigkeit. Sie sind also ihrer Natur nach teils höchstpersönliche Rechte und insofern vererblich, teils Rechte die jedem Gesellschafter kraft seiner Vermögenseinlage zustehen und die als solche nur zusammen mit der Vermögenseinlage auf den Erben übergehen.[5]

Auf die Vererblichkeit oder Unvererblichkeit der Verwaltungsrechte kommt es aber dann nicht an, wenn die Gesellschaft, wovon in diesem Kapitel zu handeln ist, mit dem Tode des Gesellschafters aufgelöst wird. Denn mit der Auflösung erlöschen kraft Gesetzes die Befugnisse aller Gesellschafter zur Vertretung und Geschäftsführung und stehen den Liquidatoren zu.[6]

Die Vermögensrechte dagegen, die den Anteil des Erblassers am Ges.Vermögen und Ges.Gewinn betreffen[7] gehen auf die Erben über.

Es darf daher folgende wichtige Feststellung getroffen werden: Durch die Erbfolge als solche werden die Erben an der Liquid. Ges. nur in vermögensrechtlicher Beziehung beteiligt.[8] [9]

---

[1] vergl. §§ 1885, 2225, 1300, 847, 38, 40, 727 BGB; 131 Z. 4 HGB.
[2] Staudinger z. § 1922 Nr. 2c.
[3] vergl. §§ 727 Abs. 1 BGB.; 139 HGB.
[4] vergl. §§ 110, 114, 115, 118, 125 HGB.
[5] vergl. die Ausführ. im Kap. 3 S. 45.
[6] vergl. § 146 Abs. 1 HGB.
[7] vergl. §§ 120, 122 HGB.
[8] Dür.—Hachb. zu § 131 HGB. Anm. 7.
[9] E.R.G. Bd. 106/65.

Es ist nun als Hauptfrage des gegenwärtigen Kapitels aufzuwerfen: Welcher Art ist die Vermögensbeteiligung des Erben oder der Erbgemeinschaft an der Liquid.Ges., wird insbesondere der Erbe Mitglied oder Gläubiger der Liquid. Ges.? Die Ansichten in der Literatur darüber sind geteilt.[1] [2] [3] [4] [5] Wieland nimmt Mitgliedschaft jedes Miterben an, während Dür-Hachb., Lehmann-Ring, Staudinger und auch das Kammergericht eine Mitgliedschaft der Erben ablehnen. Eigenartig ist die Stellungnahme des Reichsgerichts[6] welches ausführt, dass zwar nicht die Erben als einzelne wohl aber die Erbengemeinschaft als solche Teilhaber der Liquid.Ges. geworden sei.

Die Ansicht des Verfassers geht dahin, dass die Rechtsbeziehungen des oder der Erben zu der Liquid.Ges., wie sie dem Gesetz entnommen werden können, sich nicht auf einen dem Gesetze bekannten technisch-juristischen Begriff zusammenfassen lassen, dass der Erbe vielmehr eine gewisse Zwitterstellung einnimmt, die sich nur durch Feststellung der aus dem Gesetze direkt, dem Zweck der Liquidation[7] und allgemeinen Rechtsregeln zu entnehmenden Rechte und Pflichten erkennen und umschreiben lässt.[8]

B.

Die Vermögensrechte des Erben.

Es könnte nahe liegen, dem Erben als Gesamtrechtsnachfolger dieselbe vermögensrechtliche Stellung in der Liquid.Ges. zuzuweisen, wie sie sein Erblasser gehabt hätte, wenn er noch leben würde und die Gesellschaft aus einem anderen Grunde aufgelöst worden wäre. Danach würde er mit dem Erbfall Mitglied der Liquid.Ges. geworden sein, mit gesamthänderischer Berechtigung am Ges.Vermögen.[9]

Diese Auffassung ist aber abzulehnen, weil sie auf einer falschen Voraussetzung beruht, nämlich der Vererblichkeit der Mitgliedschaftsrechte auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Eine Vererblichkeit der Mitgliedschaftsrechte ist aber nur im Fall des § 139 HGB. auf Grund einer Fortsetzungsklausel möglich.[10] [11] [12] [13] Der Grundsatz der Unübertragbarkeit und Unver-

---

[1] Wieland, Handelsrecht 1921 § 61 S. 681.
[2] Dür.—Hachb. zu § 131 Anm. 7.
[3] Lehmann—Ring zu § 156 Nr. 3b.
[4] Staudinger zu § 727 BGB. II. 1.
[5] K.G.J. Bd. 32 A S. 135.
[6] E.R.G. Bd. 72/121.
[7] vergl. § 156 HGB.
[8] Dür.—Hachb. zu § 146 Anm. 6.
[9] Wieland a. a. O. § 61 N. 3.
[10] Staudinger zu § 727 BGB. III. 1.
[11] E.R.G. Bd. 72/121.
[12] K.G.J. Bd. 32 A S. 135.
[13] vergl. die Ausführ. i. Kap. 3 S. 40.

erblichkeit der Mitgliedschaftsrechte wie er im BGB.[1] und HGB.[2] festgelegt ist, erleidet auch nicht dadurch eine Ausnahme, dass in demselben Zeitpunkt der Rechtsnachfolge im Erbgang auch die OHG. in eine Liquid.Ges. verwandelt wird. Denn die innere Struktur der OHG. als Gemeinschaft zur gesamten Hand bleibt durch die Auflösung unberührt und diese Struktur ist eben der Grund für die Unvererblichkeit. Dieselbe Ansicht lässt sich aber nicht nur aus konstruktiven Gründen rechtfertigen, sondern ergibt sich auch mittelbar aus dem Gesetz. Wäre der Erbe Mitglied der Liquid.Ges. geworden, dann müssten mehrere Erben eben soviele Mitglieder werden. Denn eine Erbengemeinschaft als solche kann nach Ansicht des Verfassers nicht Mitglied einer Gemeinschaft zur gesamten Hand sein, gleichgültig ob es sich um eine bestehende OHG. oder Komm.Ges. oder eine in Liquidation befindliche handelt.[3 4 5 6]

Wenn aber mehrere Erben ebensoviele Mitglieder der Liquid. Ges. geworden wären, dann müsste nach § 146 HGB. jeder Miterbe auch Liquidator sein. Dieser Rechtsfolge tritt aber das Gesetz in §§ 146 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich mit der Bestimmung entgegen, dass die Erbengemeinschaft im Rate der Liquidatoren nur durch e i n e n Liquidator vertreten sein soll. Es wäre überdies eine Unbilligkeit gegenüber den überlebenden Mitgliedern, wenn diese durch eine zahlreiche Miterbenschaft in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Einfluss bei der Liquidation erdrückt würden.[7]

Es darf daher zunächst rein negativ festgestellt werden, dass der Erbe oder die Erben im Erbgang nicht Mitglieder der Liquid. Ges. werden können, sondern in anderer Form am Ges.Vermögen beteiligt sind.

Träger des Ges.Vermögen bei der OHG., seien es Eigentumsrechte, Forderungen, Urheberrechte und dergl. sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Daran wird auch durch die Auflösung der OHG. nichts geändert.[8] Da nun aber der Erblasser durch den Tod aus der Gesellschaft ausscheidet und die Erben nicht an seiner Stelle Mitglieder der Liquid.Ges. werden, so greift der im § 738 BGB. sog. Grundsatz der „Anwachsung" ein, d. h. der Kreis der Mitberechtigten verringert sich bei gleichbleibendem Vermögen um einen.[9 10 11 12]

---

[1] vergl. §§ 717 Abs. 1, 719, 727 Abs. 1 BGB.
[2] vergl. §§ 105 Abs. 2, 131 Z. 4 HGB.
[3] E.R.G. Bd. 72/121.
[4] R.G. im „Recht" 1917 Nr. 457.
[5] Dresden O.L.G. Bd. 34/342.
[6] K.G.J. Bd. 37 A S. 109.
[7] Dür.—Hachb. zu § 146 Anm. 4.
[8] E.R.G. Bd. 54/280.
[9] E.R.G. Bd. 65/235 ff. u. Bd. 68/415.
[10] Staudinger zu § 736 I 2.
[11] Planck zu § 738 Nr. 1.
[12] Komm. d. R. G. Räte zu § 738 Nr. 2.

Das Prinzip der Anwachsung ergibt sich aus der Konstruktion der Gesamthand.[1] Infolge dieser Anwachsung, durch welche die gesamthänderische Vermögensbeteiligung des Erblassers verloren geht, erwächst aber den Erben ein Anspruch auf dasjenige, was ihr Erblasser bei der Auseinandersetzung bekommen hätte, wenn er noch lebte.[2] Für diesen Anspruch, der eine Verbindlichkeit der Liquid.Ges. ist, haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner, für die Erben bildet er einen Teil des Nachlasses.

Der Anspruch entsteht mit dem Erbfall; er ist abtretbar, pfändbar und vererblich.[3] Sein Inhalt ergibt sich aber erst bei Feststellung der Schlussbilanz nach Versilberung aller Vermögensstücke. Gegenstand der Verteilung ist der Ueberschuss der Aktiven über die Passiven, soweit er flüssig gemacht werden kann. Die Verteilung findet nach dem Verhältnis der Kapitalanteile der einzelnen Mitglieder statt, wie sie in der Schlussbilanz berechnet sind. Aus dem Kapitalanteil des Erblassers berechnet sich dann auch die Liquid. Quote der Erben. Dieser Verteilungsmodus der OHG. zeigt eine Abweichung gegenüber demjenigen der Gesellschaft des BGB.; denn nach den §§ 733, 734 BGB. müssen bei der letzteren vor der Verteilung des Ueberschusses die Einlagen der Gesellschafter zurückbezahlt werden. Bei der OHG. dagegen verliert die Einlage nach der Einzahlung ihre selbständige Bedeutung und ist nur noch ein Rechnungsposten des Kapitalanteils, der sich durch Zu- und Abschreibungen von Gewinn- und Verlustanteilen verändert. Die Erben haben wie die Gesellschafter ein Recht darauf, dass ihre Anteile in Geld ausbezahlt werden. Doch kann auch mit Zustimmung der Erben Verteilung in natura vereinbart werden. Das im Laufe der Liquidation entbehrlich werdende Geld muss von den Liquidatoren auch an die Erben verteilt werden, wobei der oben genannte Verteilungsmasstab aus der Eröffnungsbilanz zu entnehmen ist.[4]

Ist ein Erbe selbst Liquidator, dann bezahlt er an sich selbst nach § 181 BGB. Hatte der Erblasser der Gesellschaft Gegenstände zur Benützung überlassen, so können die Erben dieselben spätestens nach Beendigung der Liquidation zurückverlangen. Sind sie schon vorher entbehrlich, so können sie von diesem Zeitpunkt an herausverlangt werden. Solche Gegenstände dagegen, die ins Eigentum der Gesellschaft übergegangen sind, z. B. in Form von Sacheinlagen, sind Bestandteile des Ges.Vermögens geworden und werden daher liquidiert. Der Anspruch der Erben auf eine Liquid.Rate kann vor oder während der Liquidation dadurch untergehen oder inhaltlich verändert werden, dass die Gesellschafter mit Zustimmung der Erben die Liquidation unterlassen und z. B. das Geschäft mit Aktiven und Passiven an einen Gesellschafter oder Dritten ver-

[1] vergl. die Ausführ. i. Kap. 3 S. 42 ff.
[2] vergl. §§ 717 S. 2, 738 Abs. 1 S. 2 BGB.
[3] E.G.R. Bd. 90/20.
[4] vergl. §§ 154/155 HGB.

äussern. Dann tritt der Erlös an die Stelle eines Liquid.Ueberschusses und den Erben steht ein Anspruch auf eine ihrem Anteil entsprechende Erlös-Rate zu.

Der Anspruch auf die Liquid.Rate hat eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Anspruch des augeschiedenen Gesellschafters gem. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. Auch der ausgeschiedene Gesellschafter hat Anspruch auf dasjenige, was er bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft erhalten hätte. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass im Fall des § 738 als Berechnungsgrundlage für den Abfindungsanspruch nur die gesetzlich fingierte Auflösung dient, eine tatsächliche Liquidation dagegen nicht durchgeführt wird. Denn der ausscheidende Gesellschafter hat mangels Auflösung der Gesellschaft kein Recht auf die Liquidation. Der Wert des Ges.Vermögens wird vielmehr soweit erforderlich im Wege der Schätzung ermittelt.[1] Dieser Unterschied tritt bei der Bewertung der einzelnen Vermögensstücke zu Tage, weil dieselben Grundstücke, Forderungen, Patente und Geschäftseinrichtungen sehr verschieden zu bewerten sind, je nach dem sie in eine lebendige Geschäftsorganisation eingegliedert sind oder aber im Liquid.Verfahren an den Meistbietenden verkauft werden.[2]

Daher ist für den Erben die Frage von Bedeutung, ob ihm ein Recht auf die Durchführung der Liquidation zusteht, d. h. ob zur Beschlussfassung der Gesellschafter über eine an Stelle der Liquidation durchzuführende andere Art der Auseinandersetzung die Zustimmung des Erben oder der Erbengemeinschaft notwendig ist oder nicht. Das Gesetz schweigt und in der Literatur ist die Frage, soweit ersichtlich, nur von Dür-Hachb.[3] erörtert und mit Recht bejaht worden. Das Gesetz erklärt zwar in den §§ 145/158 HGB. dem Wortlaut nach nur die Gesellschafterversammlung für zuständig, an Stelle der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren. Man könnte daraus folgern, dass somit die Erben, da sie nicht Gesellschafter sind, dieser Vereinbarung gegenüber machtlos sind und ohne und gegen ihren Willen die Liquidation durchgeführt oder z. B. das Unternehmen einem Gesellschafter um einen bestimmten Preis übergeben werden könne. Dieser Rechtszustand wäre jedoch für die Erben höchst unbillig; denn sie könnten nicht hindern, dass in dem genannten Beispiel für den Käufer ein Verwandtenpreis festgesetzt würde und sie dadurch erhebliche Einbusse erleiden würden.

Zur Beseitigung dieser Schwierigkeit ist zunächst der § 146 Abs. 1 Satz 2 HGB heranzuziehen. An dieser Stelle, die die Erben ermächtigt, zur Vertretung ihrer Interessen einen Liquidator zu bestellen, zeigt sich der Wille des Gesetzes, den Erben bei der

---

[1] vergl. § 738 Abs. 2 BGB.

[2] vergl. die Ausführ. i. Kap. 2 S. 27 unten.

[3] Dür.—Hachb. zu § 145 Anm. 13.

Durchführung der Liquidation den gleichen Einfluss zu sichern, den ihr Erblasser gehabt hätte, wenn er noch lebte. Sie sollen also nicht der Willkür der Gesellschafter ausgeliefert, sondern bei der Verwertung des Ges.Vermögens ordnungsmässig beteiligt sein. Dieser erkennbare Zweck des Gesetzes würde nun aber vereitelt werden, wenn die Gesellschafter ohne Zustimmung der Erben die Liquidation durch eine andere Art der Auseinandersetzung umgehen könnten, durch welche die Interessen der Erben geschädigt würden.

Ein wichtiger Anhaltspunkt für das Recht der Erben auf Durchführung der Liquidation findet sich auch in § 145 Abs. 2 HGB., worin bestimmt ist, dass im Falle der Auflösung der Gesellschaft im Sinn des § 135 HGB, nur mit Zustimmung des kündigenden Gläubigers die Liquidation unterbleiben und eine andere Art der Auseinandersetzung stattfinden darf. Andere Gläubiger der Liquid.Ges. dagegen haben kein Recht auf Durchführung der Liquidation.[1]

Diese Vorschrift kann und muss für die Erben analog angewendet werden. Denn die Rechtsstellung und die Interessen des Gläubigers decken sich in weitem Umfang mit denen der Erben. Auch der Gläubiger ist nicht Gesellschafter, sondern hat wie die Erben nach § 135 HGB. nur einen Anspruch auf dasjenige, was sein Rechtsvorgänger, der Pfändungsschuldner, bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft erhalten hätte. Auch der Gläubiger muss davor geschützt werden, dass nicht diese Liquid.Quote durch eine dem alleinigen Beschluss der Gesellschafter unterliegende andere Art der Auseinandersetzung als die Liquidation geschmälert werde. Auch er ist wie jeder Erbe Beteiligter im Sinne der §§ 146 Abs. 2, 147, 152 HGB. und soll dadurch einen gewissen verwaltungsmässigen Einfluss auf die Verwaltung des Ges.Vermögens erhalten.[2 3 4]

Auf Grund dieser Erwägungen ist die Auffassung gerechtfertigt, dass die in § 145 HGB. gesetzlich vorgesehene Liquidation der aufgelösten Gesellschaft nur mit Zustimmung aller Erben unterbleiben darf und eine andere Art der Auseinandersetzung im Sinne der genannten Vorschrift ebenfalls der Zustimmung aller Erben bedarf.

In diesem Zusammenhang ist auf die umstrittene Frage einzugehen, ob die Gesellschaft auch noch im Stadium der Liquidation zwischen den überlebenden Gesellschaftern allein oder zusammen mit den Erben fortgesetzt werden kann. Die Frage berührt auch die Interessensphäre der Erben, da es für sie von grosser wirtschaftlicher Bedeutung sein kann, ob z. B. ein gut eingeführtes, gewinn-

[1] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1897 S. 111.
[2] Staub zu § 146 Anm. 7.
[3] Dür.—Hachb. zu § 146 Anmerkung 15.
[4] Lehmann—Ring zu § 146 Nr. 3.

bringendes Unternehmen liquidiert oder trotz der Auflösung fortgeführt werden soll. Denn es ist eine Erfahrungstatsache, dass jede Liquidation eine Verschleuderung von Sachgütern, eine Zerstörung geschäftlicher Werte, z. B. der Organisation des Betriebes und der Absatztätigkeit, auch den Verlust der Kundschaft mit sich bringt. Selbst wenn die Erben, z. B. aus beruflichen Gründen, nicht selbst die Gesellschaft fortsetzen können oder wollen, bedeutet es für sie regelmässig schon einen Vorteil, wenn die überlebenden Gesellschafter das Geschäft weiterführen, da bei der Schätzung des Ges.-Vermögens und der Berechnung ihres Abfindungsguthabens die genannten Geschäftswerte mit berücksichtigt werden müssen und auch die sonstigen Sachgüter als Produktionsfaktoren einer lebenden Unternehmung einen höheren Wert darstellen als wenn sie an den Meistbietenden verkauft werden müssen.[1 2 3]

Zunächst ist zu erwähnen, dass die Erben ein Recht auf Durchführung der Liquidation haben und daher eine Fortsetzung der Gesellschaft, sei es mit oder ohne Erben, nur mit ihrer Zustimmung erfolgen darf. Ist diese Zustimmung aber erteilt, dann kann die Liquid.Ges. nach herrschender Lehre, die wohl zu billigen ist, wieder in eine produktive Gesellschaft, sei es eine OHG., Komm.-Ges. oder G.m.b.H. verwandelt werden. Diese Umwandlung ist ein Ges.Vertrag, der unter den bisherigen Gesellschaftern allein, zusammen mit den Erben oder auch mit neu eintretenden dritten Personen abgeschlossen wird. Die Fortsetzungsvereinbarung kann mündlich oder sogar stillschweigend getroffen werden.[4 5 6 7 8 9 10] Anderer Ansicht ist nur Viezens.[11]

Für das geltende Recht weist schon die Denkschrift[12] darauf hin, dass in Wissenschaft und Rechtsprechung die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft durch nachträgliche Vereinbarung der Gesellschafter für statthaft erklärt werde und diese Auffassung dem praktischen Bedürfnisse entspreche. Sie erklärt daher die Gesellschafter für befugt, an Stelle der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung z. B. Umwandlung der Liquid.Ges. in eine G.m.b.H. oder dergleichen zu vereinbaren. Dieselbe Ansicht vertreten auch die meisten Kommentatoren des neuen Handelsge-

---

[1] E.R.G. Band 106/32.
[2] Staub. Anhang zu § 141 Anm. 5.
[3] Staudinger zu § 738 II Nr. 4.
[4] Bolze, Band 11 Nr. 264.
[5] Voigtel, in Busch's Arch. f. Th. u. Pr. d. A.D.H.R. Bd. 10 S. 76 ff.
[6] Anschütz, in Busch's Arch. f. Th. u. Pr. d. A.D.H.R. Bd. 12 S. 76.
[7] v. Krävel, in Busch's Arch. f. Th. u. Pr. d. A.D.H.R. Bd. 13 S. 389 ff.
[8] Hahn zu Art. 123 Nr. 2 § 2.
[9] Staub zu Art. 123 § 1.
[10] Endemann a. a. O. S. 158 Nr. 3.
[11] Viezens a. a. O. S. 97.
[12] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1897 S. 110.

setzbuchs.[1] [2] [3] [4] [5] Anderer Ansicht ist nur Lehmann-Ring und Goldmann.[6] [7]

Man wird mit der herrschenden Lehre davon ausgehen dürfen, dass solange die Liquidation noch nicht beendet und die Gesellschaft im Handelsregister nicht gelöscht ist, ihre Umwandlung in eine produktive Gesellschaft eine besondere Art der Auseinandersetzung darstellt, welche von den Vorschriften der §§ 145 und 158 HGB. mit umfasst wird. Diese Auffassung ist umso eher berechtigt, als das Gesetz in den §§ 134 und 144 HGB. den Gedanken der Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft selbst anerkennt und keinerlei Gründe dagegen sprechen, diese Konstruktion nicht auf alle Fälle der Auflösung zu übertragen. Denn für die Rechtsnatur der Liquid.Gesellschaft bedeutet es keinen Unterschied, welcher der im § 131 Ziffer 1 bis 6 HGB. genannten Gründe zur Auflösung geführt hat. Auch die Denkschrift[8] führt aus, dass diese Auffassung einer allgemeinen gesetzlichen Anerkennung nicht bedürfe. Da die Umwandlung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft geschieht, werden auch die Interessen der Ges.Gläubiger nicht verletzt. Denn die Haftung des Ges.Vermögens und der Gesellschafter wird durch die Umwandlung nicht berührt, selbst wenn ein oder mehrere Gesellschafter ausgeschieden und andere dafür eingetreten sind. Die Neueintretenden haften dann neben den Ausgeschiedenen als Gesamtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen.[9] [10]

C.

Die Verwaltungsrechte des Erben.

Es ist oben S. 11 dargelegt worden, dass die Erben infolge der Gesamtrechtsnachfolge nur in vermögensrechtlicher Beziehung an der Liquid.Ges. beteiligt werden, d. h. einen Anspruch auf eine nach bestimmten Vorschriften zu ermittelnde Liquid.Quote erhalten, dass dagegen die Verwaltungsrechte des Erblassers mit seinem Tode erlöschen. Hätten die Erben nur diesen Anspruch, dann stünden sie gewöhnlichen Ges.Gläubigern gleich mit dem Unterschied jedoch, dass ihr Anspruch nicht von vornherein zahlenmässig bestimmt oder bestimmbar ist, sondern erst durch ein Liquid.Verfahren festgestellt werden kann und muss, auf dessen

---

[1] Staub zu § 131 Anm. 2.
[2] Dür.—Hachb. Band 4 Allgem. Einleit. Anm. 183 ff.
[3] Kammergericht im „Recht" 1903 Nr. 601 und 1344.
[4] K.G.J. Bd. 26 A S. 219, Bd. 44 A S. 130.
[5] E.R.G. Bd. 106/65 und Bd. 28/131.
[6] Lehmann—Ring zu § 131 Nr. 4.
[7] Goldmann zu § 131 Nr. 23.
[8] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1897 S. 110.
[9] Vergl. §§ 128, 130 HGB.
[10] E.R.G. Bd. 28/130.

Ergebnis sie als Interessenten keinen Einfluss gewinnen könnten. Die Feststellung der Höhe ihres Anspruchs wäre vielmehr in mehr oder weniger weitem Umfang in die Hände der Liquidatoren, also regelmässig der Gesellschafter selbst gelegt, wodurch unlauteren Machenschaften zum Nachteil der Erben Tür und Tor geöffnet wäre. Daher ist bei Durchführung der Liquidation für die Erben ein rechtlicher Einfluss erforderlich, der sie in Stand setzt, bei der Realisierung ihres Anspruchs mitzuwirken und die dazu erforderlichen Geschäfte zu überwachen.

Diesem Bedürfnis hat das Gesetz nur in der knappen Vorschrift des § 146 Abs. 1 Satz 2 HGB. Rechnung getragen, worin bestimmt wird, dass mehrere Erben eines verstorbenen Gesellschafters für die Liquidation einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben. Man kann aber unter Berücksichtigung des Zweckes der Liquidation[1 2] trotz der scheinbar entgegenstehenden Fassung des § 146 Abs. 2 Satz 2 HGB. dem Gesetz die Ansicht entnehmen, dass jeder Erbe auch Beteiligter im Sinne der §§ 146 Abs. 2, 147, 152 HGB. sein soll. [4 5] Damit ist den Erben der für sie notwendige rechtliche Einfluss auf den Gang der Auseinandersetzung gesichert, zumal das Gesetz für die wichtigen Beschlüsse der §§ 147, 152 HGB. Einstimmigkeit der Beteiligten vorsieht. Das Erfordernis der Einstimmigkeit kann freilich für den Fall des § 152 HGB. dadurch ausser Kraft gesetzt werden, dass der Ges.Vertrag Mehrheitsbeschlüsse zulässt.[6 7]

Im einzelnen stehen den Erben folgende verwaltungsrechtliche Befugnisse zu: Sie haben das Recht und die Pflicht einen Vertreter zu ernennen, der als Liquidator die diesen obliegenden Aufgaben erfüllt, aber auch als Beauftragter der Erbengemeinschaft deren Interessen bei der Liquidation wahrzunehmen hat. Ist nur ein Erbe vorhanden, so kann er sich selbst oder einen Dritten zum Liquidator bestellen. Der Liquidator vertritt die Kollektivstimme aller Erben im Kreise der übrigen Liquidatoren. Dadurch wird das wünschenswerte Ergebnis erzielt, dass der Einfluss auch einer zahlreichen Erbenschaft immer nur demjenigen entspricht, den ihr Erblasser als Gesellschafter gehabt hätte. Das Verhältnis der Erben zu ihrem Vertreter darf bei Vereinbarung einer Vergütung als Dienstverhältnis, sonst wohl als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB. angesehen werden. Verzögern oder unterlassen die Erben einen Vertreter zu bestellen, z. B. weil sie uneinig sind, dann liegt ein Fall des §146 Abs. 2 HGB. vor, kraft dessen auf Antrag eines Gesellschafters oder eines Miterben die Bestellung durch das

[1] Vergl. § 156 HGB.
[2] Vergl. die Ausführ. S. 10.
[3] Staub zu § 146 Anm. 7.
[4] Dür.—Hachb. zu § 146 Anm. 15.
[5] Lehmann—Ring zu § 146 Nr. 3.
[6] Staub zu § 152 Anm. 3.
[7] Dür.—Hachb. zu § 152 Anm. 4.

Amtsgericht erfolgen kann, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.[1] [2]

Jeder Liquidator, auch der Erbenvertreter, oder ein Erbe selbst kann durch einstimmigen Beschluss aller Beteiligten abberufen werden. Einstimmigkeit liegt nur dann vor, wenn jeder einzelne Miterbe zustimmt.[3] Gehören die Liquidatoren selbst zu den Beteiligten, so können sie nur mit ihrer eigenen Zustimmung abberufen werden. Die Abberufung aus wichtigen Gründen kann aber auf Antrag eines Beteiligten auch durch das Gericht erfolgen, ohne dass das Gesetz erwähnt oder durch Beispiele Anhaltspunkte dafür gibt, was wichtige Gründe sind. In Betracht kommen Unfähigkeit zur Geschäftsführung, grobe Pflichtverletzung, Unredlichkeiten und dergl.[4] [5]

Da, wie oben erwähnt, das Verhältnis der Gesellschafter und der Erben einerseits und der Liquidatoren andererseits auf einem Auftrag oder Dienstvertrag beruht, ist es nur ein Ausfluss dieser Verträge, dass, wie das Gesetz vorsieht, die Beteiligten berechtigt sind, den Liquidatoren bezüglich der Geschäftsführung bindende Anweisungen zu erteilen. Um aber zu vermeiden, dass die Beteiligten wiedersprechende Anordnungen treffen, gebietet das Gesetz im § 152 HGB. dass bei der Beschlussfassung über eine solche Anordnung Einstimmigkeit aller Beteiligten erforderlich ist..

Neben diesen, dem Interesse der Erben dienenden Bestimmungen normiert das Gesetz im § 137 HGB. Rechte und Pflichten der Erben, die vorzugsweise die Interessen der Gesellschaft oder ihrer Gläubiger betreffen. Wird nähmlich die Gesellschaft durch den Tod des Erblassers aufgelöst, so ist der Erbe zunächst verpflichtet, den Tod der überlebenden Gesellschafter unverzüglich anzuzeigen. Wird die Anzeige schuldhaft verzögert, so haftet der Erbe der Liquid.Ges. für den daraus entstehenden Schaden. Hier wird von Fall zu Fall zu prüfen sein, ob z. B. mangelnde Kenntnis der Erben vom Todesfall, von ihrer Berufung oder von dem Bestehen des Ges.Verhältnisses als Schuldausschliessungsgrund zu gelten hat oder nicht. Eine Pflicht zur Anzeige wird man dann überhaupt verneinen müssen, wenn die Gesellschafter schon vor den Erben den Tod des Erblassers erfahren haben.[6]

Infolge der Auflösung der Gesellschaft geht nun auch die bisherige Befugnis der Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung auf die Liquidatoren über.[7] Wenn wie im § 146 Abs. 1 HGB. vorgesehen, andere Personen als die Gesellschafter durch den Ges.Vertrag zu Liquidatoren zu berufen sind, oder die zu Liqui-

[1] Vergl. § 145 F.G.G.
[2] Staub zu § 146 Anm. 11.
[3] Dür.—Hachb zu § 147 Anm. 3.
[4] Braunschweig O.L.G. Bd. 24/136.
[5] R.G. in J.W. 1897/291.
[6] Dür.—Hachb. zu § 137 Anm. 3.
[7] Vergl. §§ 145, 146 HGB.

datoren berufenen Gesellschafter infolge Krankheit oder längerer Abwesenheit den Geschäften fernbleiben müssen, dann könnte es vorkommen, dass wichtige Geschäfte unerledigt bleiben und dadurch grosse Verluste entstehen. Für diesen Fall der Gefahr im Verzuge verpflichtet das Gesetz den Erben die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweitige Fürsorge treffen können.

Diese Pflicht der Erben, sowie die Anzeigepflicht gehören begrifflich zum Kreise derjenigen Nachlassverbindlichkeiten, die nicht vom Erblasser auf den Erben übergegangen sind, sondern die in der Person des Erben mit der Erbfolge neu entstehen und eine an den Erwerb der Erbschaft geknüpfte geestzliche Beschwerung darstellen.[1] Es gelten daher auch für sie die erbrechtlichen Haftungsgrundsätze und gesetzlichen Beschränkungen wie für alle Nachlassverbindlichkeiten, wovon unten noch zu handeln sein wird. Bei Anordnung einer Nachlassverwaltung oder des Nachlasskonkurses gehen sie daher auf den betreffenden Verwalter über.[2]

Die Geschäftsführungspflicht der Erben deckt sich mit dem derjenigen des Erblassers. Es ist daher ihre Aufgabe, den Inhalt des Ges.Vertrages und das Gesetz zu prüfen und festzustellen, ob im Einzelfall der Erblasseer zur Erledigung eines bestimmten Geschäfts verpflichtet war oder nicht. Nur wenn das zu bejahen ist, darf und muss jeder Erbe das betreffende Geschäft besorgen. Da der Erbe als Aussenstehender vor dem Erbfall regelmässig keinen Einblick in das Geschäft gehabt haben wird, wird er nur mit äusserster Vorsicht arbeiten können und nur solche Geschäfte abschliessen, die wirklich keinen Aufschub dulden. Aus diesem Grunde ist auch seine Geschäftsführungspflicht bis zu dem Zeitpunkt begrenzt, von dem an die übrigen Gesellschafter selbst Fürsorge treffen können. Denn sobald dies zutrifft, ist keine Gefahr mehr im Verzuge, auch wenn die Gesellschafter tatsächlich sich um die Geschäfte nicht kümmern. Nach Abschluss ihrer Tätigkeit haben die Erben im Sinne der §§ 713 und 666 BGB. Rechenschaft abzulegen. Da die Gesellschaft als fortbestehend gilt, haften die Erben im Innenverhältnis wie alle anderen Gesellschafter nur für culpa in concreto.[3]

Obwohl der Wortlaut des Gesetzes in § 137 HGB. sich nur auf die Befugnis des Erben zur Geschäftsführung bezieht, wird man annehmen müssen, dass er in diesem Umfang auch zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist. Denn ohne diese Vertretungsmacht wäre die Fürsorgebestimmung stark eingeschränkt, wenn nicht zwecklos.[4 5] Die Fiktion des Gesetzes von dem Fortbestand der Gesellschaft gibt dafür einen Anhaltspunkt. Denn solange die Ge-

---

[1] Endemann, Erbrecht S. 95 II.
[2] Vergl. §§ 1967 ff., 1975 ff. BGB.
[3] Vergl. §§ 708 BGB und 105 Abs. 2 HGB.
[4] Dür.—Hachb. zu § 137 Anm. 5.
[5] Staub zu § 137 Einleitung.

sellschaft als fortbestehend gilt, sind nicht die Liquidatoren, sondern wie bisher die Gesellschafter in Gemeinschaft mit dem den Erblasser vertretenden Erben zur Geschäftsführung und Vertretung berufen. Der Umfang der Vertretungsvollmacht richtet sich nach dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis, die selbst wieder dem § 137 HGB. zu entnehmen ist. Handelt der Erbe über diesen Umfang hinaus, so ist er Vertreter ohne Vertretungsmacht im Sinne der §§ 177 ff. BGB.

Sind mehrere Erben vorhanden, so treffen die Pflichten aus § 137 HGB. jeden einzelnen Miterben. Sie haften dafür nach den §§ 431 und 2058 ff. BGB. als Gesamtschuldner. Sofern es sich um Massnahmen handelt, die zur Erhaltung des Nachlasses, also des Ges.Vermögens notwendig sind, kann und muss sie jeder Miterbe selbständig treffen. Zur Vornahme sonstiger Handlungen dagegen sind nur alle Erben zusammen berechtigt.[1]

Bedeutungsvoll in diesem Zusammenhang ist die bestrittene Frage, ob der Erbe schon mit dem Erbfall oder erst mit dem Verlust des Ausschlagungsrechts, sei es durch Annahme oder Ablauf der Ausschlagungsfrist des §1944 BGB. zur Todesanzeige und Besorgung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet ist. Staub[2] und Lehmann-Ring[3] vertreten die Ansicht, dass der Erbe unbeschadet des Erwerbs der Erbschaft mit dem Erbfall wohl berechtigt aber nicht verpflichtet sei, die in § 137 HGB. vorgesehenen Geschäfte zu besorgen. Denn, so führt Staub wörtlich aus: „Es könne nicht angenommen werden, dass Jemandem, der den Verhältnissen der Gesellschaft völlig fern stehe, eine Pflicht auferlegt werden soll, deren Verletzung ihn unter Umständen schwer verpflichten könne". Dem gegenüber stehen wohl mit Recht Dür.-Hachb.[4] und Goldmann[5] auf dem Standpunkt, dass die Obliegenheiten des Erben aus § 137 HGB. schon mit dem Erbfall entstehen. Denn der Erbe ist nach herrschender Meinung[6] schon während der Ausschlagungsfrist Erbe, wenn auch auflösend bedingt, und fällt daher in den Geltungsbereich des § 137 HGB. Aber auch ohne Rücksicht auf diese Konstruktion muss schon aus praktischen Gründen, und um dem Zwecke des Gesetzes gerecht zu werden, die Frage im zuletzt genannten Sinn entschieden werden. Die Bedeutung des § 137 HGB. liegt ja gerade darin, dass der Erbe verpflichtet ist, die unmittelbar nach dem Todesfall anfallenden unaufschiebbaren Geschäfte zu erledigen. Wollte man diese Verpflichtung auf den Zeitpunkt hinausschieben, in welchem der Erbe durch Fristablauf oder Annahme endgültig Erbe geworden ist, dann wäre die Vorschrift ihrer praktischen Wirksamkeit entkleidet.

---

[1] Vergl. § 2038 BGB.
[2] Staub zu § 137 Anm. 1.
[3] Lehmann—Ring zu § 137 Anm. 3.
[4] Dür.—Hachb. zu § 137 Anm. 6.
[5] Goldmann zu § 137 Anm. 3.
[6] Vergl. die Ausführ. i. Kap. 3 S. 61.

Die Auflösung einer OHG., gleichviel aus welchem Grunde, ist von allen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.[1] Ist die Auflösung infolge des Todes eines Gesellschafters eingetreten, dann trifft im Interesse der Rechtssicherheit ausser den überlebenden Gesellschaftern auch den Erben diese Anmeldepflicht, wobei sich Erben und Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Anmeldung wechselseitig verpflichtet sind. Die rechtzeitige Anmeldung liegt im Hinblick auf ihre Haftung im eigenen Interesse der Erben.[2] Das Gesetz entbindet aber den Erben von seiner Anmeldepflicht, soweit seiner Mitwirkung bei der Anmeldung besondere Hindernisse entgegenstehen und der Registerrichter anderweitig überzeugt wird, z. B. durch Sterbeurkunden oder den Ges. Vertrag, dass der betreffende Gesellschafter tatsächlich gestorben und infolgedessen die Gesellschaft aufgelöst worden ist. Diese Bestimmung trägt, wie die Denkschrift[3] erwähnt, der Tatsache Rechnung; „dass der Erbe oder die Erben eines Gesellschafters unter umständen nur mit Schwierigkeiten und unter grossem Zeitverlust ermittelt und herangezogen werden können." Es werden auch Fälle, wie z. B. weite Entfernung vom Registerort, schwere Krankheit und dergl. in Betracht kommen. Die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall in der Person eines Erben besondere Hindernisse vorliegen, ist dem pflichtmässigen Ermessen des Registerrichters überlassen. Sind aber die Voraussetzungen dafür gegeben, dann muss er von der Mitwirkung des besonders behinderten Erben absehen.

In derselben Weise ist im § 148 Abs. 1 HGB. die Mitwirkung der Erben bei der Anmeldung der Liquidation, der Anmeldung von Aenderungen in den Personen der Liquidatoren oder ihrer Vertretungsmacht geregelt. Auch hier ist ein Erbe von der Anmeldepflicht befreit, wenn seiner Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen und der Registerrichter von der Richtigkeit der eintragungspflichtigen Tatsachen anderweitig überzeugt wird. endlich ist noch das Recht der Erben zu erwähnen, die Bücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen und zu benützen, die nach Beendigung der Liquidation bei einem der Gesellschafter oder einem Dritten verwahrt werden müssen.[4] Die Verwahrungszeit, innerhalb welcher das Recht ausgeübt werden kann, ist im § 44 HGB. auf 10 Jahre festgesetzt, deren Ablauf mit dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung beginnt.

D.

Die Haftung des Erben.

Die Haftung des Erben für die Ges.Schulden ist im Gesetze nicht ausdrücklich geregelt worden, so dass daher die allgemeinen

[1] Vergl. § 143 Abs. 1 HGB.
[2] Vergl. die Ausführ. S. 25/26.
[3] Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1897 S. 110.
[4] Vergl. § 157 HGB.

erbrechtlichen Haftungsgrundsätze der §§ 1967 ff., 1975 ff. und 2058 ff. BGB. anzuwenden sind. Die Ges.Schulden sind zu scheiden in 1. solche, die bis zum Erbfall entstanden sind und 2, in solche, die nach dem Erbfall während des Liquidationsverfahrens entstehen.

Für die ersteren, von denen zunächst zu handeln ist, haften die überlebenden Gesellschafter und an Stelle des Erblassers der Erbe als Gesamtschuldner.[1] Denn für die überlebenden Gesellschafter wird durch den Erbfall und die Auflösung der Gesellschaft die Haftung grundsätzlich nicht berührt; für den Erben aber sind diese Ges.Schulden Nachlasschulden, und zwar insofern besonders geartete, als er nicht Alleinschuldner, sondern mit den Gesellschaftern zusammen Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421 ff. BGB. ist. Das schliesst indessen nicht aus, dass er wie für alle anderen Nachlasschulden durch Antrag auf Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs seine Haftung im Sinne der §§ 1975 ff. BGB. auf den Umfang des Nachlasses beschränken kann. Er haftet, da er nicht Gesellschafter ist, nicht wie ein solcher sondern wie ein Erbe. Diese Beschränkbarkeit der Haftung bedeutet für die Ges.Gläubiger keine Benachteiligung, da ihnen derselbe Vermögenskomplex des Erblassers, vor dem Erbfall das Vermögen, nach dem Erbfall der Nachlass als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Das Privatvermögen des Erben dagegen bleibt im Falle der §§ 1975 ff. BGB. von der Haftung verschont, ausser bei Verletzung der Inventarfrist[2] oder vorbehaltloser Verurteilung des Erben im Prozess.[3 4 5 6 7 8]

Sind mehrere Miterben vorhanden, so ist zwischen der Haftung vor und nach der Teilung zu unterscheiden. Vor der Teilung haben die Nachlassgläubiger die Wahl, ob sie die Gesamthandklage des § 2059 Abs. 2 BGB. gegen alle Erben oder die Gesamtschuldklage des § 2058 BGB. gegen einzelne Erben erheben wollen. Im ersten Fall bleibt die Haftung der Erben auf den Nachlassbestand beschränkt, während im zweiten Fall jeder Miterbe die Haftung auf seinen Erbanteil beschränken kann. Nach der Teilung ist die Gesamthandklage geschlossen, da Gesamtgut und Gesamthand zerfallen und die einzelnen Erbteile im Privatvermögen der Miterben aufgegangen sind. Daher haftet jetzt jeder Miterbe mit Ausnahme der im § 2060 Nr. 1 und 3 BGB. erwähnten Fälle für alle Nachlasschulden mit seinem ganzen Vermögen. Eine Beschränkung auf

[1] Vergl. §§ 156, 128 HGB. und 1922, 1967 BGB.
[2] Vergl. § 1994 BGB.
[3] Vergl. § 780 Abs. 1 ZPO.
[4] Staub zu § 131 Anm. 17.
[5] Dür.—Hachb. zu § 156 Anm. 9 und zu § 137 Anm. 5.
[6] Lehmann—Ring zu § 156 Nr. 3b.
[7] E.R.G. Bd. 72 121.
[8] Riesenfeld, Erbenhaftung S. 117 Nr. 2.

die Kräfte des Erbanteils ist ausgeschlossen.[1] Zu Zweifeln Anlass gibt die Frage der Haftung des Erben für die nach dem Erbfall und der Auflösung entstehenden Schulden der Liquid.Ges. Dür-Hachb.[2] und offenbar auch Lehmann-Ring[3] vertreten die Ansicht, dass der Erbe für diese Schulden in gleicher Weise wie für die vor dem Erbfall entstandenen, also unbeschränkt aber beschränkbar einstehen müsse, obwohl beide Schriftsteller davon ausgehen, dass der Erbe nicht Teilhaber der Liquid.Ges. sei. Ebenso das Reichsgericht[4] und für das Recht des A.D.HGB. Behrend.[5]

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es ist oben S. 10 ff. dargelegt worden, dass die aufgelöste und in Liquidation befindliche O.H.G. auf Grund des § 156 HGB. als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand anzusehen ist, dass der Erbe aber nicht Gesellschafter dieser Liquid.Ges. ist, sondern eine durch gewisse Verwaltungsrechte besonders geartete und bevorzugte Gläubigerstellung inne hat. Träger derjenigen Rechte und Pflichten, die bei Durchführung der Liquidation entstehen, sind aber ausschliesslich die überlebenden Gesellschafter in ihrer Gesamtheit.[6] Der Erbe ist im Aussenverhältnis zu dritten Schuldnern oder Gläubigern der Liquid.Ges. an diesen Rechtsgeschäften nicht beteiligt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Erbe oder die Erbengemeinschaft durch einen Liquidator bei Durchführung der Liquidation vertreten ist. Denn wenn das Gesetz im § 146 Abs. 1 S. 1 HGB. von der Bestellung eines „Vertreters" spricht, so ist darunter nicht ein rechtsgeschäftlicher Vertreter im technisch-juristischen der §§ 164 ff. BGB. zu verstehen, sondern ein solcher, der die wirtschaftlichen Interessen der Erben bei der Abstimmung im Rate der Liquidatoren wahrnimmt. Der Erbenliquidator vertritt nicht den Erben oder die Erbengemeinschaft, sondern alle Liquidatoren zusammen oder einzelne davon vertreten die Gesellschaft.[7]

Wenn aber die überlebenden Gesellschafter nach aussen hin allein aus den Liquid.Geschäften berechtigt und verpflichtet werden, dann trifft auch sie allein die Haftung i. S. der §§ 128/156 HGB. Der Erbe dagegen haftet für Verbindlichkeiten aus diesen Liquid.Geschäften grundsätzlich nicht. Diese Regelung enthält nicht wie man vielleicht einwenden möchte, eine Härte gegenüber den Ges.Gläubigern. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass regelmässig das ganze Ges.Vermögen der Befriedigung der Ges.Gläubiger offen steht, da nach § 155 Abs. 1 HGB. eine Verteilung unter die Gesellschafter und Erben erst nach Berichtigung aller Ges.Schulden vorgenommen werden darf. Derjenige Teil des Nachlasses, der im

---

[1] Vergl. § 2062 BGB.
[2] Dür.–Hachb. zu § 156 Anm. 9.
[3] Lehmann—Ring zu § 156 Nr. 3b.
[4] E.R.G. Bd. 72/121.
[5] Behrend, Handelsrecht Bd. 1 § 82 Anm. 13 und 14.
[6] Staub zu § 149 Anm. 34.
[7] vergl. § 150 HGB.

Ges.Vermögen steckt, ist also ohnehin, zwar nicht nach Erbrecht, aber nach Ges.Recht dem bevorrechtigten Zugriffe der Gläubiger ausgeliefert. Eine Gefährdung derselben, die daraus entstehen könnte, dass der Anspruch des Erben vor den Ansprüchen der Gläubiger befriedigt wird und daher dieser Vermögensteil der Befriedigung der Gläubiger entzogen würde, ist nicht zu befürchten, da die Gesellschafter oder die Liquidatoren wegen ihrer damit verbundenen eigenen Haftung ein Interesse an der vorhergehenden Befriedigung der Gläubiger haben. Das Ausscheiden des Erblassers wie auch die Auflösung der Gesellschaft ist aus dem Handelsregister zu ersehen. Ein vorsichtiger Kaufmann wird daher vor Kreditgewährung über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft Erkundigungen einziehen. Doch davon abgesehen entspricht es auch der Natur der Sache, dass wenn ein Gesellschafter durch Tod ausgeschieden und sein Vermögen auf Erben übergegangen ist, die selbst nicht Gesellschafter sind oder werden, für neu entstehende Verbindlichkeiten der Gesellschaft wohl deren Vermögen und dasjenige der überlebenden Gesellschafter, nicht aber das der Erben haftet. Denn selbst eine nur auf den Nachlass beschränkte Haftung der Erben i. S. der §§ 1975 ff. BGB. würde zugunsten der Ges.Gläubiger den Rechtszustand fingieren, als ob der Erblasser weiterlebte und mit seinem ganzen Vermögen weiterhin hafte. Diese Rechtslage kann aber nur für die bis zum Erbfall entstandenen Ges.Schulden in Betracht kommen. Das persönliche Ausscheiden des Erblassers muss billigerweise die Enthaftung seines Vermögens nach sich ziehen. Auch der verwaltungsmässige Einfluss der Erben auf den Gang der Liquidation rechtfertigt ihre unbeschränkte Haftung nicht, zumal dieser vor allem der Interessenwahrnehmung der Erben selbst dienen soll.

In zwei Ausnahmefällen allein wird auch eine Haftung der Erben nach Erbrechtsgrundsätzen eingreifen müssen. Einmal dann, wenn z. Zt. des Geschäftsabschlusses das Ausscheiden des Erblassers und die Auflösung der Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen war. Solchenfalls darf ein gutgläubiger Dritter der zu der Liquid.Ges. in Geschäftsbeziehungen tritt nach § 15 HGB. darauf vertrauen, dass die Gesellschaft mit dem Erblasser als Mitglied noch besteht und ihm daher auch für seine Ansprüche dessen Vermögen verhaftet sei. Jeder Miterbe kann sich gegen diese Haftung dadurch schützen, dass er unverzüglich die eintragungspflichtigen Veränderungen beim Handelsregister anmeldet, wozu ihm die Miterben und Gesellschafter mitwirkungspflichtig sind.[1][2][3][4][5][6]

---

[1] vergl. § 143 HGB.
[2] Staub zu § 131 Anm. 17.
[3] Dür.—Hachb. zu § 143 Anm. 7a.
[4] Lehmann—Ring zu § 143 Nr. 5.
[5] E.R.G. Bd. 70/272.
[6] K.G. i. O.L.G. Bd. 32/93.

Weiterhin muss eine Haftung der Erben nach Erbrechtsgrundsätzen für solche Verbindlichkeiten angenommen werden, die infolge der Geschäftsführung des Erben i. S. des § 137 HGB. entstehen und für welche die Gesellschaft als fortbestehend gilt. Da der Erbe in jenen Fällen, mit der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgestattet, nach aussen hin auftritt und vorübergehend die Person des Erblassers und die Gesellschaft vertritt, muss ein Dritter darauf vertrauen können, dass auch das Vermögen des Erblassers, also der Nachlass, für etwaige Verbindlichkeiten haftet. Bezüglich aller anderen Verbindlichkeiten der Liquid.Ges. dagegen, die nach dem Erbfall entstehen, verbleibt es bei der Haftungsfreiheit des Erben.

2. Kapitel.

Die Rechtsstellung des Erben bei Fortsetzung der Gesellschaft durch die überlebenden Gesellschafter nach dem Tode des Erblassers.

A.

Die ratio legis und die Voraussetzungen zur Anwendung des § 138 HGB.

Der Tod eines Gesellschafters löst nach § 131 Nr. 4 HGB. regelmässig die OHG. auf, führt zu ihrer Liquidation und zur Auseinandersetzung der überlebenden Gesellschafter und der Erben. Diese Regel des Gesetzes ist aber im Leben die Ausnahme. Denn wäre der Grundsatz des § 131 Nr. 4 HGB. zwingender Natur und könnte er nicht durch Parteivereinbarungen ausser Kraft gesetzt werden, so würde vielfach die Folge eintreten, dass wirtschaftliche Unternehmungen, die regelmässig erst infolge jahrelanger Arbeit ihrer Inhaber zu wirtschaftlicher Blüte gelangen und rentabel gestaltet werden, plötzlich durch den Tod eines Gesellschafters in ihrer Entwicklung gehemmt, aufgelöst werden und zu liquidieren gezwungen sind. Dieser Rechtszustand würde also grossen volkswirtschaftlichen und privatwirtschaftlichen Schaden verursachen. Diejenigen Werte, die das Wesen der lebendigen Unternehmung ausmachen, die technische und kaufmännische Organisation der Herstellung und des Vertriebs der Waren, die persönlichen und geschäftlichen Beziehungen zur Kundschaft, zu Lieferanten und Kreditinstituten, die Ausnützung von Patenten und Betriebserfahrungen, die werbende Kraft einer Firma und eines Warenzeichens, durch kostspielige Reklame geschaffen, würden infolge der Auflösung und Liquidation zerstört. Welche Be-

deutung es für den Erben haben kann, ob eine Gesellschaft liquidiert, oder von den überlebenden Gesellschaftern fortgeführt wird, ist schon ausgeführt worden.[1]

Unter Berücksichtigung solcher wirtschaftlicher Erwägungen ist schon im A.D.HGB.[2] und jetzt im BGB. und HGB.[3] die rechtliche Grundlage dafür geschaffen worden, dass trotz des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft unaufgelöst unter den Ueberlebenden fortgeführt werden kann.

Was die rechtlichen Voraussetzungen dieser Fortsetzung betrifft, so erwähnt das Gesetz selbst nur eine, nämlich eine die Auflösung ausschliessende und auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtete Bestimmung des Ges.Vertrags. Als weitere begriffliche Voraussetzung muss jedoch hinzukommen, dass nach dem Tode eines Gesellschafters mindestens noch 2 Ueberlebende vorhanden sind, da diese Mindestzahl zur Existenz einer Gesellschaft erforderlich ist.

Die Fortsetzungsvereinbarung erfordert wie jede Bestimmung des Ges.Vertrags einstimmigen Beschluss der Gesellschafter, welcher vor dem Tode eines Gesellschafters gefasst werden muss. Fehlt die Klausel beim Tode, so wird die Gesellschaft aufgelöst und erwächst jedem Gesellschafter und Erben ein Recht auf Durchführung der Liquidation. Die Fortsetzung einer Gesellschaft nach ihrer Auflösung ist schon oben erwähnt worden.[4] Die Forts. Klausel kann sich auf den Tod eines bestimmten oder jedes Gesellschafters beziehen. Jedem Gesellschafter ist daher die Möglichkeit geboten, ohne Rücksicht auf den Entschluss der übrigen, je nach dem Interesse seines Erben Liquidation oder Fortsetzung der Gesellschaft eintreten zu lassen, vorausgesetzt freilich, dass die übrigen Gesellschafter zustimmen.[5]

Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern, so kann sie nach dem Tode des einen begrifflich nicht fortbestehen, sondern ist kraft Gesetzes aufgelöst. Der Erbe hat daher die im Kapitel 1 dargestellten Rechte, insbesondere also ein Recht auf Durchführung der Liquidation und den Anspruch auf seine Liquid. Quote. In den Ges.Vertrag kann jedoch die Bestimmung aufgenommen werden, dass beim Tode eines von zwei Gesellschaftern der überlebende den Erben des verstorbenen gegenüber das Recht haben soll, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen und den Erben ordnungsmässig abzufinden. Solchenfalls hat der Erbe kein Recht auf Durchführung der Liquidation, seine Abfindung erfolgt vielmehr unter entsprechender Anwendung der §§ 738—740 BGB.[6]

---

[1] vergl. Ausführ. Kap. 1 S. 16/17.
[2] vergl. Art. 127 d. A. D. HGB.
[3] vergl. die §§ 736 BGB., 138 HGB.
[4] vergl. die Ausführ. Kap. 1 S. 16/17.
[5] Staub zu § 138 Anm. 1.
[6] Staub zu § 138 Anm. 6.

B.

Die Erbfolge in die Rechte der §§ 738–740 BGB.

Sind die genannten Voraussetzungen des § 138 HGB. erfüllt, dann knüpfen sich an den eintretenden Tod des Gesellschafters zwei getrennte Rechtsfolgen die uno actu verwirklicht werden:

1. Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, 2. dessen Beerbung gemäss §§ 1922 ff. BGB. Es ist nun nicht richtig, wie Dür.-Hachb.[1] ausführen, dass die Erben mit dem Tode des Gesellschafters ohne weiteres aus der Gesellschaft ausscheiden. Denn die Erben sind im Falle des § 138 HGB. niemals Gesellschafter geworden und können daher auch nicht aus der Gesellschaft ausscheiden. Das ergibt sich aus den Grundsätzen der sog. Anwachsung und Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte, die nur im Falle des § 139 HGB. durchbrochen sind.[2] [3] Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Gesamtrechtsnachfolge in die Rechtsstellung des Erblassers als eines i. S. des § 138 HGB. ausgeschiedenen Gesellschafters vollzieht. Diese Erkenntnis muss auch der Bestimmung der Rechtsstellung des Erben zu Grunde gelegt werden.[4]

Man kann die Rechte aus den §§ 738/740 BGB. scheiden in 1. Vermögensrechte und 2. Mitverwaltungs- und Kontrollrechte. Zu den ersteren gehören die Ansprüche auf das Abfindungsguthaben, auf die Befreiung von Verbindlichkeiten und auf die Rückgabe der der Gesellschaft zur Benützung überlassenen Gegenstände, auch die Verpflichtung zur anteilsmässigen Tragung des Verlustes. Die letzteren betreffen die Mitwirkung bei Festsetzung der Abfindungssumme und das Recht auf Auskunft und Rechenschaft hinsichtlich schwebender Geschäfte.

Es ist nun die Frage aufzuwerfen, ob alle diese Rechte und Pflichten im Erbgang auf den Erben übergehen oder ob und wodurch sich die Rechtsstellung des Erben von der eines ausgeschiedenen Gesellschafters unterscheidet. Soweit ersichtlich, ist die Frage in der Literatur und Rechtsprechung bisher nicht eingehend behandelt worden.[5] [6]

Ausgangspunkt ihrer Lösung ist die Vorschrift des § 717 Satz 2 BGB. worin bestimmt ist, dass der Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, auf einen Dritten übertragen werden kann, während grundsätzlich Rechte aus dem Ges.Vertrag unübertragbar und unvererblich sind.[7] Die

---

[1] Dür.—Hachb. zu § 138 Anm. 5 Nr. 2.
[2] vergl. §§ 727 Abs. 1, 738 Abs. 1 S. 1 BGB.; 139 Nr. 4 HGB.
[3] vergl. die Ausführ. Kap. 3 S. 40.
[4] vergl. §§ 738/740 BGB. i. V. m. § 105 Abs. 2 HGB.
[5] Staub Anh. z. § 141 Anm. 6.
[6] E.R.G. Bd. 31/142.
[7] vergl. §§ 717 S. 1, 727 Abs. 1 BGB.; 131 Nr. 4 HGB.

im Anschluss an diesen Satz entwickelte Literatur und Rechtsprechung vertritt nun aber weit überwiegend die Auffassung, dass nur der reine Vermögensanspruch als solcher übertragbar und vererblich sei, die aus ihm entspringenden oben benannten Mitverwaltungs- und Kontrollrechte dagegen als höchstpersönliche Mitgliedschaftsrechte der Regel des § 717 S. 1 BGB. entsprechend unübertragbar seien. Ob nun auch in diesem Fall mangelnde rechtsgeschäftliche Uebertragbarkeit mangelnde Vererblichkeit bedeutet wie z. B. in den §§ 847, 1300, 717 S. 1 und 727 Abs. 1 BGB. ist von den Vertretern der herrschenden Lehre nicht erwogen und nicht entschieden worden.[1] [2] [3] [4] [5] [6] [7]

Demgegenüber stehen Markus[8] und Oertmann[9] auf dem Standpunkt, dass die Mitverwaltungs- und Kontrollrechte nur Hilfsrechte des Abfindungsanspruchs seien und daher i. S. des § 401 Abs. 1 BGB. mit diesem auf den Zessionar übergehen.

Man wird der herrschenden Meinung darin folgen müssen, dass bei rechtsgeschäftlicher Uebertragung des Abfindungsanspruchs i. S. des § 717 S. 2 BGB. das Recht auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung auf den Zessionar nicht mit übergeht. Denn das Gesetz will wie die h. M. mit Recht betont verhindern, dass irgend ein Dritter bei Durchführung dieser Kontrollrechte Einblick in die Vermögensverhältnisse, die Geschäftsführung und den Umsatz der Gesellschaft bekäme, wodurch dieser ein Schaden entstehen könnte. Diese Abschliessung nach aussen, die das Gesetz unterstützt, entspringt dem Vertrauensverhältnis der Gesellschafter als dem eigentlichen Wesen der O.H.G. Es ist daher auch gerechtfertigt, dass dieser Gesichtspunkt für die Ansicht der h. M. massgebend gewesen ist.

Fraglich ist nun aber, ob dieser Gesichtspunkt auch bei der im Erbgang eintretenden Rechtsnachfolge entscheidend sein darf. Denn die Interessenlage des Erben deckt sich nicht mit derjenigen des Zessionars. Der letztere kann die Kontrollrechte entbehren, weil sein Zedent sie für ihn ausübt, und er die Möglichkeit hat, sich durch entsprechende Garantien (z. B. Vertragsstrafen) einer mitwirkenden und kontrollierenden Tätigkeit des Zedenten zu versichern. Er muss auch von vornherein damit rechnen, dass wenn er sich auf ein solches Geschäft einlässt, er der Gesellschaft gegenüber in eine prekäre Lage kommt. Er wird sich daher nur dann auf eine Abtretung von Ges.Rechten einlassen, wenn er da-

[1] Staub z. § 109 Anm. 14.
[2] Dür.—Hachb. allgem. Einl. Anm. 33.
[3] Staudinger zu § 717 II Nr. 2.
[4] Wieland S. 663 Nr. 2.
[5] Flechtheim in J.W. 1917 S. 539 Nr. 7.
[6] E.R.G. Bd. 52/60; Bd. 90/19;
[7] R.G. in Leipz. Z. 1908/541 Nr. 34; Leipz. Z. 1912/558 Nr. 6.
[8] Markus im „Recht" 1903 S. 425.
[9] Oertmann zu § 717.

rauf vertrauen darf, dass der Zedent der Gesellschaft gegenüber von den Hilfsrechten ordnungsmässig Gebrauch macht.

Anders dagegen ist die Rechtslage des Erben. Da sein Rechtsvorgänger, der Erblasser tot ist, wäre er ohne die Mitverwaltungs- und Kontrollrechte darauf angewiesen, die Mitteilung des zahlenmässigen Ergebnisses entgegenzunehmen, ohne die Möglichkeit zu haben, auch nicht durch Vermittlung eines Dritten sich über die Richtigkeit der Bilanz und die genaue Bewertung der Vermögensstücke zu orientieren. Das wäre für ihn besonders deshalb gefährlich, weil der Wert des Ges.Vermögens im Wege der Schätzung ermittelt werden kann.[1] Die Gesellschafter könnten unter dem Schutze des dehnbaren Begriffs der Schätzung eine Unterbewertung des Ges.Vermögens vornehmen, um dadurch das Abfindungsguthaben des Erben zu schmälern. Die Rechtslage für den Erben wäre daher folgende: er hätte zwar einen Anspruch, dessen Inhalt aber von den Schuldnern selbst, ehrlich oder unehrlich festgesetzt würde. Bei dem Umfang und der Organisation moderner Geschäftsbetriebe, in denen Bilanzverschleierungen leicht durchzuführen sind, wäre die Lage des Erben hoffnungslos.

Dieser Zustand kann nicht i. S. des Gesetzes sein. Wenn auch das Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung ihrer Interna dem Zessionar gegenüber als überwiegend angesehen werden muss, im Vergleich mit der Interessenlage des Erben muss er zurückstehen. Nach Ansicht des Verfassers gehen daher auch die genannten Mitverwaltungs- und Kontrollrechte im Erbgang auf den Erben über.[2]

Zu demselben Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung kommt auch Staub[3], indem er die Bestimmung des § 146 Abs. 1 HGB. analog anwendet. Es ist aber zu bemerken, dass bei einer aufgelösten und liquidierenden Gesellschaft das Interesse an der Geheimhaltung interner Geschäftsverhältnisse weniger gross ist, als bei einer lebenden Unternehmung und insofern die beiden Tatbestände nicht ohne weiteres die Grundlage einer Analogie bieten.

Eine dem Erben sehr ähnliche Stellung hat dagegen ein nach § 135 HGB. kündigender Gläubiger, wenn die übrigen Gesellschafter beschliessen, die Gesellschaft fortzusetzen.[4 5] Nach der zutreffenden Ansicht Staubs[6] steht hier dem Privatgläubiger ein Recht auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung zu. Das ergibt sich zwangslos daraus, dass seine in den §§ 145 Abs. 2, 146 Abs. 2 HGB. bezeichneten Mitverwaltungs- und Kontrollrechte infolge der Fortsetzung der Gesellschaft nicht ohne weiteres untergehen. Man kann daher diesen Fall zu analoger Anwendung für den Erben heranziehen.

---

[1] vergl. § 738 Abs. 2 BGB.
[2] vergl. § 1623 BGB.
[3] Staub Anh. zu § 141 Anm. 6.
[4] vergl. § 141 HGB.
[5] vergl. die Ausführ. Kap. 1 S. 16.
[6] Staub zu § 141 Anm. 2.

C.

Die einzelnen Rechte des Erben.

(Vermögensrechte, Mitverwaltungs- und Kontrollrechte.)

Die Grundsätze der Unvererblichkeit und der sog. Anwachsung der Ges.Rechte wie sie den §§ 727, 738 BGB. und 131 Nr. 4 HGB. zu entnehmen sind, haben zur Folge, dass die gesamthänderische Berechtigung des Erblassers am Ges.Vermögen untergeht, aber in Form eines gesetzlichen Abfindungsanspruchs seines Erben wieder auflebt.[1] Den Inlalt dieses Anspruchs bestimmt das Gesetz durch eine Fiktion, nach welcher der Erbe dasjenige zu erhalten hat, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft z. Zt. des Erbfalls aufgelöst worden wäre. Da die Gesellschaft tatsächlich nicht aufgelöst und nicht liquidiert wird, ist der Wert des Ges.Vermögens soweit erforderlich im Wege der Schätzung zu ermitteln.

Der Abfindungsanspruch erwächst dem Erben schon mit dem Erbfall, sein Inhalt dagegen wird erst nach Aufstellung einer Bilanz von den Gesellschaftern und den Erben bestimmt. Er bildet für den Erben einen Teil des Nachlasses und steht, wenn mehrere Erben vorhanden sind, diesen als Gesamtgläubigern zu. Er ist gegen die Gesellschaft gerichtet, bildet also eine Ges.Schuld, die in 5 Jahren nach dem Erbfall verjährt,[2] und für welche das Ges.Vermögen und die einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner haften.[3] Der Anspruch ist auf eine Geldsumme gerichtet; nur auf Grund einer Vereinbarung der Gesellschafter und des Erben kann eine Abfindung in natura geleistet werden. Der Anspruch kann beliebig übertragen und verpfändet werden;[4] doch gehen dabei die für den Erben aus ihm fliessenden Mitverwaltungs- und Kontrollrechte nicht auf den Zessionar über.[5] Die Fälligkeit des Anspruchs richtet sich mangels anderweitiger Vereinbarung nach dem § 271 Abs. 1 BGB., woraus also im Zweifel auf Fälligkeit bei Festsetzung der Abfindungssumme zu schliessen ist. Aus den Umständen, (z. B. gefährliche Finanzlage der Gesellschaft) kann sich jedoch ein anderes ergeben. Die Leistung einer Sicherheit für den Abfindungsanspruch kann der Erbe nicht verlangen, doch steht ihm bis zu dessen Befriedigung ein Zurückhaltungsrecht an den im Besitz des Erblassers gewesenen Gegenständen der Gesellschaft zu.[6 7 8]

---

[1] vergl. die Ausführ. Kap. 1 S. 14.
[2] vergl. § 159 HGB.
[3] vergl. § 128 HGB.
[4] vergl. § 717 S. 2 BGB.
[5] vergl. die Ausführ. in Kap. 2 S. 30.
[6] vergl. § 857 BGB.
[7] Staudinger zu § 738 II Nr. 4.
[8] Staub Anh. zu § 141 Anm. 9.

Mit dem Abfindungsanspruch gehen auch die Schulden des Erblassers gegenüber der Gesellschaft auf den Erben über. (z. B. die Schuld aus einer noch nicht bezahlten Einlage oder aus unbefugter Geldentnahme aus der Ges.Kasse gem. § 111 HGB.). Diese Gegenansprüche der Gesellschaft müssen bei Feststellung der Abfindungsansprüche berücksichtigt werden.

Die Berechnung des Abfindungsguthabens erfolgt unter Zugrundelegung der Vermögenslage der Gesellschaft wie sie sich aus einer auf den Zeitpunkt des Erbfalls aufzustellenden Bilanz ergibt. Es ist das Recht und die Pflicht aller Gesellschafter und des Erben bei Aufstellung dieser Bilanz mitzuwirken und darin unterscheidet sich der letztere hauptsächlich vom Zessionar.[1] Auf die Mitwirkung kann von jedem Beteiligten geklagt werden. Sind mehrere Erben vorhanden, so haben sie einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen. Auch die Zuziehung eines Sachverständigen muss dem Erben gestattet sein. Lässt sich eine Einigung über die gemeinschaftliche Ausführung der Arbeiten oder über einzelne Bilanzposten nicht erzielen, so entscheidet das Prozessgericht.[2]

Zur Vermeidung solcher Schwierigkeiten ist vielfach in Ges.-Verträgen vorgesehen, dass die Abfindung der Erben auf Grund der letzten Jahresbilanz berechnet, oder Schätzung des Ges.Vermögens und Festsetzung der Abfindungssumme einem bestimmten Sachverständigen oder Gesellschafter übertragen, oder endlich der Erbe durch Zahlung einer Pauschalsumme abgefunden wird. Solche Abweichungen des Ges.Vertrags von der gesetzlichen Regelung sind für den Erben bindend, da die Vorschriften der §§ 738/740 BGB. dispositiver Natur sind.[3]

Fehlen vertragliche Bestimmungen, dann sind im Interesse des Erben bei Aufstellung der Bilanz folgende Grundsätze zu berücksichtigen: Bei der Bewertung des Ges.Vermögens ist der wahre Wert der einzelnen Vermögensstücke, z. B. der Grundstücke, Maschinen, Einrichtungen, Warenvorräte, Patente, Aussenstände und dergl. in Anrechnung zu bringen und nicht der bei Aufstellung von Jahresbilanzen übliche reduzierte Wert mit Abschreibungen, z. B. des Inventars auf RM. 1.—. Die Abfindungsbilanz ist sonach von der Jahresbilanz scharf zu unterscheiden.

Die Abfindungsbilanz hat ferner denjenigen Wert der Vermögensstücke zu Grunde zu legen, den diese als Produktionsfaktoren einer lebenden Unternehmung darstellen. Sie muss bei ihrer Schätzung berücksichtigen, dass das Geschäft als ganzes fortbestehen soll. Es wäre irrig, den Wortlaut des Gesetzes im § 738 Abs. 1 Satz 2 dahin auszulegen, dass der Erbe nur Anspruch auf dasjenige habe, was er im Falle der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung erhalten würde. Denn dieselben

[1] vergl. die Ausführ. Kap. 2 S. 30.
[2] Staub Anh. zu § 141 Anm. 6.
[3] Dür.—Hachb. zu § 138 Anm. 14.

Vermögenskomplexe haben einen sehr verschiedenen Wert, je nachdem sie zum Zwecke der Liquidation versilbert oder als Produktionsfaktoren im Geschäftsbetrieb verwendet werden.[1 2 3 4 5]

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage aufzuwerfen, ob in die Abfindungsbilanz neben der Bewertung der konkreten Vermögensstücke ein Posten für den abstrakten Geschäfts- oder Firmenwert oder den Wert der Kundschaft einzusetzen ist. Wenn man, wie ausgeführt, den Geschäftswert schon bei der Bewertung der einzelnen Vermögensteile berücksichtigt, dann darf er als selbständiger Posten nicht mehr in der Bilanz erscheinen; andernfalls wird man durch Schätzung einen dem Umfang und der Rentabilität entsprechenden Betrag feststellen und als Geschäftswert in Ansatz bringen müssen.[6 7]

Sind aber im Ges.Vertrag besondere Grundsätze der Auseinandersetzung vorgesehen, z. B. Abfindung auf Grund der letzten Jahresbilanz, dann fällt ein besonderer Geschäftswert weg.

Die nach diesen Grundsätzen aufgestellte Abfindungsbilanz weist nun bei gewinnbringenden Geschäften nicht selten ein grösseres Vermögen aus, als die Summe aller Ges.Anteile ausmacht. Dieser Mehrbetrag ist ein versteckter Gewinn, der sich im Laufe mehrerer Geschäftsperioden infolge grosser Abschreibungen oder Unterbewertungen in den Jahresbilanzen allmählich angesammelt hat. Fraglich ist nun, in welchem Verhältnis der Erbe an diesem Mehrwert teilnimmt. Da es sich um einen erzielten aber nicht ausgeschütteten Gewinn handelt, wird der Erbe Anspruch auf denjenigen Teil des Mehrwerts haben, mit dem sein Erblasser vertraglich am Gewinn beteiligt war. Diese Gewinnbeteiligung kann freilich in den einzelnen Geschäftsperioden gewechselt haben, ohne dass sich nachträglich noch wird feststellen lassen, wie der Mehrwert auf die einzelnen Perioden zu verteilen ist. Nur eingehende vertragliche Bestimmungen werden hier die fehlende gesetzliche Regelung ersetzen können.[8 9]

Die Festsetzung der Abfindungssumme im Rahmen der Abfindungsbilanz ist ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Erben, der die rechtliche Natur eines Vergleichs im Sinne des § 779 BGB. hat. Daraus ergibt sich, dass er unter gewissen, in jener Vorschrift genannten Voraussetzungen unwirksam sein und von jeder der Parteien wegen Irrtums, soweit ein solcher nach Vergleichsregeln beachtlich ist, und wegen arglistiger Täuschung angefochten

[1] Staub Anh. zu § 141 Anm. 5.
[2] Dür.—Hachb. zu 138 Anm. 10.
[3] Lehmann—Ring Anh. zum 5. Titel Nr. 3 c.
[4] Goldmann zu § 138 Anm. 21.
[5] E.R.G. Bd. 106/132; Bd. 109/45.
[6] E.R.G. Bd. 94/108; Bd. 106/132.
[7] Hamburg O.L.G. Bd. 19/313.
[8] Staub Anh. zu § 141 Anm. 5.
[9] Dür.—Hachb. zu § 138 Anm. 10

werden kann. Doch ist dabei folgendes zu bemerken: Bei Festsetzung der einzelnen Bilanzposten, aus denen sich die Abfindungssumme zusammensetzt, handelt es sich vielfach um Schätzungen, die als solche den wahren Wert nur mehr oder weniger genau treffen. Eine solche Schätzung, auf die beide Parteien sich geeinigt haben, kann später nicht angefochten werden, wenn sie sich als objektiv unrichtig erweist. Denn durch die gemeinsame Schätzung sollte ja gerade das Moment der Unsicherheit in der Bewertung beseitigt und eine endgültige, beiderseits verbindliche Grundlage geschaffen werden. Da weiterhin die Einigung auf eine Abfindungssumme regelmässig eine Gesamtregelung und Erledigung aller gegenseitiger Ansprüche der Parteien aus dem Ges.Verhältnis herbeiführen will, so können die Parteien nachträglich auch nicht mit vergessen gebliebenen Posten oder Gegenforderungen Unwirksamkeit des Vertrags geltend machen. Freilich sind die Verhältnisse des Einzelfalles zu berücksichtigen.[1 2 3 4 5 6 7]

Die Abfindungsbilanz kann ergeben, dass die Passiven der Gesellschaft die Aktiven übersteigen (z. B. infolge eingetretener Verluste oder Ueberbewertungen früherer Jahresbilanzen). Dann ist dieser Fehlbetrag von jedem Gesellschafter und an Stelle des Erblassers vom Erben nach Massgabe ihres vertragsmässigen Anteils am Verlust zu tragen, wobei die Verteilung des Verlustes auf die einzelnen Kapitalkonten in der Abfindungsbilanz in derselben Weise stattfindet wie in den Jahresbilanzen. Ist dieser Verlustanteil grösser als der Kapitalanteil, dann verwandelt sich das Abfindungsguthaben des Erben in eine Abfindungsschuld gegenüber der Gesellschaft. Diese Schuld ist für ihn eine Nachlasschuld bezüglich deren daher die Erbrechtsgrundsätze der §§ 1967 ff. und 1975 ff. BGB. Anwendung finden.[8 9]

Für die bis zum Erbfall entstandenen Ges.Schulden haftet der Erbe mit den Gesellschaftern als Gesamtschuldner. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge. Da er aber nicht Gesellschafter geworden ist,[10] bestimmt sich die Haftung nicht nach § 128 HGB. sondern nach den §§ 1967 ff. und 1975 ff. BGB. Er hat also die Möglichkeit seine Haftung auf den Bestand des Nachlasses zu beschränken. Der Erbe kann aber von den Gesellschaftern Befreiung von jeder Haftung verlangen, d. h. die Gesellschafter haben geeignete Massnahmen zu ergreifen, um die Enthaftung des Erben

[1] Staub Anh. zu § 141 Anm. 8.
[2] Dür.—Hachb. zu § 120 Anm. 3.
[3] Staudinger zu § 779 B. I—V.
[4] R.G. in Leipz. Zeitung 1912 Sp. 312 Nr. 20.
[5] R.G. in J.W. 1903/28 Nr. 28.
[6] E.R.G. Bd. 48/82; Bd. 68/3.
[7] Hamburg O.L.G. Bd. 36/272.
[8] Staub Anh. zu § 141. Anm. 17.
[9] Dür.—Hachb. Bd. IV. Allgem. Einleit. Anm. 292.
[10] Vergl. Ausführungen Kap. 2 S. 29.

gegenüber den Ges.Gläubigern herbeizuführen,[1] z. B. durch Verzicht der Ges.Gläubiger oder genügende Sicherheitsleistung der Gesellschafter. Abgesehen von der ausdrücklichen Vorschrift im Gesetz, die dem Erben ein klagbares Recht gibt, ist dies schon deshalb gerechtfertigt, weil das Abfindungsguthaben unter Anrechnung dieser Schulden ermittelt wird und der Erbe nicht zweimal dafür einzustehen braucht. Für nicht fällige Schulden können die Gesellschafter den Erben statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.[2] Befreiung oder Sicherheitsleistung kann der Erbe auch verlangen, wenn sich für ihn ein Passivsaldo, eine Abfindungsschuld gegenüber der Gesellschaft ergibt.[3] [4] Wird der Erbe auf Grund seiner Gesamthaftung von den Ges.Gläubigern in Anspruch genommen, so erwachsen ihm Regressansprüche gegen die Gesellschaft, für welche das Ges.Vermögen und ausserdem die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen gesamtschuldnerisch haften.[5]

Der Geschäftsbetrieb grösserer Gesellschaften bringt es mit sich, dass im Zeitpunkt der Abrechnung mit dem Erben Geschäfte getätigt sind, (Verträge abgeschlossen, bindende Offerte abgegeben) deren Ausführung jedoch erst später erfolgt und deren Entwicklung zu Gewinn oder Verlust sich bei Festsetzung der Abfindungssumme noch nicht übersehen lässt. Diese sog. schwebenden Geschäfte können naturgemäss in der Abfindungsbilanz nicht berücksichtigt werden und es fragt sich nun, ob der Erbe in gleicher Weise an ihrem Ergebnis teilnimmt, wie sein Erblasser daran teilgenommen hätte, wenn er z. B. aus einem anderen Grunde als durch Tod ausgeschieden wäre. Die Frage ist wohl zu bejahen. Es ist oben[7] schon dargelegt worden, dass die Erbfolge in die Rechtsstellung des Erblassers als in diejenige eines ausgeschiedenen Gesellschafters erfolgt, zu denken ist. Die Rechtslage des § 740 BGB. aber, aus welcher die Ansprüche auf Gewinn oder Verlust entspringen, darf als eine vererbliche angesehen werden. Denn Vermögensrechte oder Nachlasschulden, um die es sich hier handeln kann, sind grundsätzlich vererblich, wenn nicht im Gesetz selbst Ausnahmen vorgesehen sind.[8] Dabei ist es gleichgültig, ob die Ansprüche wie hier erst zukünftig und unter gewissen Bedingungen entstehen. Auch Anwartschaftsrechte stellen einen bereits vorhandenen Vermögenswert dar und gehen daher auf die Erben über.[9] [10]

Die Teilnahme am Ergebnis der schwebenden Geschäfte äussert nur Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis des Erben zu den Ge-

---

[1] Vergl. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.
[2] Vergl. § 738 Abs. 1 S. 3 BGB.
[3] Staub Anh. zu § 141 Anm. 11.
[4] Staudinger zu § 738 II Nr. 3.
[5] E.R.G. Bd. 11/130.
[6] Vergl. § 740 BGB.
[7] Vergl. Ausführungen Kap. 2 S. 29.
[8] Vergl. §§ 1922, 847, 1300 BGB.
[9] Planck zu § 158 Nr. 6.
[10] Staudinger Vorbemerk. Nr. 8. Vor § 158 BGB.

sellschaftern. Nach aussen tritt seine Beteiligung nicht in Erscheinung. Er haftet auch nicht für die dabei entstehenden Verbindlichkeiten. Durchführung der Geschäfte ist alleinige Aufgabe der Gesellschafter. Sie haften den Erben für ordnungsmässige Erledigung wie Gesellschafter, also für die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.[1]

Am Ende des Geschäftsjahres kann der Erbe Rechenschaft über die inzwischen beendeten Geschäfte, Auszahlung des auf ihn entfallenden Gewinnanteils und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen. Hat sich ein Verlust ergeben, dann ist er seinerseits verpflichtet, an die Gesellschaft seinen Anteil daran zu bezahlen. Die Haftung dafür kann er auf den Nachlass beschränken, da es sich um Nachlasschulden handelt.[2]

Hatte der Erblasser der Gesellschaft Gegenstände zur Benützung überlassen, so wird der Herausgabeanspruch mit seinem Tode fällig und geht auf den Erben über. Für einen durch Zufall untergegangenen oder verschlechterten Gegenstand kann der Erbe jedoch keinen Ersatz verlangen.[3]

Endlich ist noch zu erwähnen, dass der Tod und das Ausscheiden des Erblassers aus der Gesellschaft von den Gesellschaftern und den Erben zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.[4] [5]

3. Kapitel.

Die Rechtsstellung des Erben bei Fortsetzung der Gesellschaft durch ihn und die überlebenden Gesellschafter.

A.

Die Theorie der Erbfolge in die Gesellschaftsrechte.

Der § 139 BGB., der von der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Mitglieds handelt, geht auf den Art. 123 Nr. 2 des A.D.HGB. zurück. Zum Verständnis der heutigen Vorschrift, insbesondere der Konstruktion der Erbfolge in die Gesellschaftsrechte ist es erforderlich, in eine Erörterung des Art. 123 Nr. 2 einzutreten, die dazu aufgestellten Theorien, sowie die Gründe darzulegen, die bei der Formulierung des § 139 HGB. massgebend gewesen sind. Der Art. 123 Nr. 2 des A.D.HGB. lautet

---

[1] Vergl. §§ 708 BGB i. V. m. § 105 Abs. 2 HGB.
[2] Vergl. §§ 1967 ff., 1975 ff. BGB.
[3] Vergl. §§ 738 Abs. 1 S. 2 i. V. m. 732 BGB.
[4] Vergl. § 143 HGB.
[5] Vergl. die Ausführ. in Kap. 1 S. 23.

folgendermassen: Die Handelsgeesllschaft wird aufgelöst: 2. Durch den Tod eines Gesellschafters, wenn nicht der Vertrag bestimmt, dass die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll.

Die Vorschrift beruht auf dem wörtlich gleichlautenden Art. 118 Nr. 2 des II. preussischen Entwurfs von 1857, der von der Nürnberger Kommission ohne jede Abänderung angenommen wurde.[1] Die Motive zum Art. 118 Nr. 2[2] berichten folgendes: „Zu Nr. 2: dass dieFortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden könne, erklärt auch das allgemeine Landrecht (Th. I, Titel 17, § 281; Th. II, Titel 8, § 661) und das französische Recht (Zivilgesetzbuch Art. 1868) für zulässig; es bedurfte dies aber einer besonderen Erwähnung, vornehmlich aus dem Grunde, weil nach gemeinem Rechte ein derartiges Abkommen unstatthaft ist."

Aus dieser Stelle der Motive, sowie aus der geschichtlichen Entwicklung, lässt sich die Bedeutung des Art. 123 Nr. 2 dahin erkennen: das Gesetz wollte zwar den Grundsatz aufrecht erhalten, dass der Tod eines Mitglieds regelmässig die Gesellschaft auflöse, wollte jedoch gleichzeitig feststellen, dass das gemeinrechtliche Verbot der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben, soweit dieses nicht schon infolge der Bildung eines Gewohnheitsrechts ausser Kraft gesetzt, von nun an kraft Gesetzes aufgehoben sei, und die Gesellschafter daher mit Hilfe einer Vertragsklausel die Gesellschaft mit den Erben weiterführen können.

Aus der knappen und negativen Fassung des Nebensatzes lässt sich über die rechtliche Ausgestaltung dieser Fortsetzung nichts entnehmen. Insbesondere geht auch aus den Motiven nicht etwa hervor, dass der Gesetzgeber auf die Konstruktion des preussischen oder französischen Rechts Bezug nehmen wollte.[3] Denn sonst wäre diese wichtige Materie nicht im Gegensatz zu der ausführlichen und kasuistischen Regelung des A.L.R. nur in einem kurzen Nebensatz erwähnt worden. Der Gesetzgeber wollte offenbar nur andeuten, dass der Rechtsgedanke der Fortsetzung mit dem Erben nicht zum erstenmal in dem Entwurf aufgetaucht, sondern abgesehen vom Gebiet des gemeinen Rechts auch schon in anderen Rechtssystemen anerkannt sei. Danach ist anzunehmen, dass man die juristische Konstruktion des Eintritts in die Gesellschaftsrechte bewusst oder unbewusst der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen wollte.

Es sind denn auch verschiedene, im wesentlichen drei Theorien aufgestellt worden, auf die im folgenden näher einzugehen ist.[4]

[1] Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen H.G.B. S. 231: „die Ziffer 2 des Art. 118 wurde einhellig angenommen".

[2] Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preuss. Staaten Berlin 1857 S. 65.

[3] Anders das R.G. Bd. 16/51.

[4] E.R.G. Bd. 16/52 ff.

1. Die Erbrechtstheorie:[1][2][3][4][5][6] Die Vertreter dieser Theorie nehmen an, dass die Fortsetzungsklausel unter den Mitgliedern nur obligatorische Rechte und Pflichten erzeuge, die, soweit sie in der Person des Erblassers entstanden seien, mit seinem Tode auf dessen Erben übergehen. Nach dem Erbfall sei daher der Erbe den überlebenden Gesellschaftern, wie diese dem Erben gegenüber zum Abschluss eines Ges.Vertrags berechtigt und verpflichtet. Auf die Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtungen könne beiderseits geklagt werden wie auf die Erfüllung jedes anderen Vertrags, wobei bei Nichterfüllung Schadensersatzansprüche entstehen. Trete der Erbe in die Gesellschaft ein, d. h. schliesse er den Ges.Vertrag mit den überlebenden Mitgliedern, was stillschweigend oder mündlich unter Bezugnahme auf den schon bestehenden Vertrag geschehen könne, dann werde sein Eintritt auf den Erbfall zurückbezogen und die Rechtslage so angesehen, als ob er schon von diesem Zeitpunkt an Gesellschafter gewesen sei. Die Fortsetzungsklausel selbst habe also nur die Bedeutung eines Vorvertrags, der auf Abschluss des endgültigen Ges.Vertrag gerichtet sei. Der mit den Erben zu schliessende Ges.Vertrag habe mangels anderweitiger Bestimmungen denselben Inhalt wie der zu Lebzeiten des Erblassers schon bestehende, da ja der Erbe dieselbe Rechtsstellung wie sein Erblasser erhalten solle. Die Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestimme sich bis zum Abschluss des Ges.Vertrags nach dem Erbrechte der Einzelstaaten, da der Erbe erst von diesem Zeitpunkt an, wenn auch mit rückwirkender Kraft, Gesellschafter geworden sei. Erst nach Abschluss dieses Vertrags hafte er wie ein Mitglied mit seinem ganzen Vermögen im Sinne des Art. 112 A.D.H.G.B.

Im Gegensatz zu dieser Erbrechtstheorie steht die Gesetzestheorie, die vom Reichsgericht vertreten wird[7]. Sie beruht auf der Anschauung, dass der Art. 123 Nr. 2 zwei juristische Tatbestände aufstelle, bei deren Verwirklichung eine bestimmte Rechtsfolge kraft Gesetzes eintrete. Diese beiden Tatbestände seien: 1. das Bestehen eines Ges.Vertrags, in dem mit einem oder mehreren Gesellschaftern die Vereinbarung getroffen sei, dass nach ihrem Tode die Gesellschaft mit ihren Erben als Mitgliedern fortgesetzt werden solle; 2. der Tod und die Beerbung eines jener in der Fortsetzungsklausel erwähnten Gesellschafter. Die Rechtsfolge, die nach Erfüllung der Voraussetzungen zu 1) und 2) eintrete, sei die, dass der Erbe kraft der gesetzlichen Bestimmung des Art. 123 Nr. 2. Mitglied der O.H.G. sei. Der Zeitpunkt des Eintritts sei verschieden in den Erbrechten der Einzelländer, je nachdem der deutsch-

[1] Lastig in Endemanns Handbuch 1. Bd. 1881 S. 413 VII.
[2] Gareis—Fuchsberger zu Art. 123 Nr. 2 S. 254 Note 155.
[3] Hahn, Komm. zum A.D.H.G.B. zu Art. 123 Nr. 2 §§ 5 und 6.
[4] Endemann, das deutsche Handelsrecht 1887 S. 149/150.
[5] Anschütz—Völderndorff, Komm. zum A.D.H.G.B. S. 274 III/2.
[6] Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1886 S. 548 Anm. 4, 5.
[7] E.R.G. Bd. 16/56 ff.

rechtliche Grundsatz, der Tote erbt den Lebendigen, oder der gemeinrechtliche der pro herede gestio gelte.[1]

Ist also jemand Erbe geworden, dann ist er nach der Gesetzestheorie gleichzeitig auch Mitglied der O.H.G. geworden. Während beim Fehlen einer Fortsetzungsklausel der Erbe einen Anspruch entweder auf den Liquidationserlös oder auf ein Abfindungsguthaben erwirbt, tritt er infolge der Klausel in die Gesellschafterstellung seines Erblassers.

Zu demselben Ergebnis bezüglich der Rechtstellung des Erben, aber mit anderer Begründung gelangt die dritte Theorie von Viezens[2]. Sie geht davon aus, dass der Erbe Gesamtrechtsnachfolger sei, und dass er daher in die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen des Erblassers eintrete; dazu gehören aber auch die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis. Diese seien zwar nach römischem Recht und grundsätzlich auch noch im A.D.H.G.B. als unvererbliche Rechte gedacht, der Art. 123 Nr. 2 enthalte aber gerade eine Ausnahme von diesem Grundsatz, indem das Gesetz die Entscheidung über die Vererblichkeit oder Nichtvererblichkeit der Gesellschaftsrechte ausdrücklich ins Belieben der Gesellschafter selbst gestellt habe. Der Fortsetzungsklausel habe das Gesetz im Art. 123 Nr. 2 die Kraft verliehen, grundsätzlich unvererbliche Mitgliedschaftsrechte und -pflichten vererblich zu machen.

Da im Sinne der zuletzt genannten zwei Theorien die beiden Rechtssphären des Erben und des Gesellschafters unlösbar aneinander gekoppelt sind, und der Erbe durch Ausschlagung sich nur gleichzeitig von beiden befreien kann, so taucht die grundsätzliche Frage auf, ob hinsichtlich der Haftung des Erbengesellschafters für die Ges.Schulden die Haftvorschriften des Erbrechts oder des Gesellschaftsrechts Anwendung finden sollen. Die ersteren gestatten eine Beschränkung der Haftung auf die Mittel des Nachlasses, (beneficium inventarii, oder nach B.G.B. Antrag auf Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs) während nach den letzteren[3] jedes Mitglied unbeschränkbar mit seinem ganzen Vermögen für alle Ges.Schulden haftet.

Die Entscheidung muss für die Haftung des Ges.Rechts ausfallen. Das ergibt sich zunächst aus dem Begriff und der rechtlichen Ausgestaltung der O.H.G. im Gesetz, deren Mitglied der Erbe geworden ist. Die Art der Haftung für die Ges.Schulden ist der leitende Gesichtspunkt gewesen, nach welchem der Gesetzgeber die O.H.G. von dem Aktienverein unterschieden hat. Danach ist die unbeschränkte Haftung aller Mitglieder auch das wichtigste Begriffsmerkmal der O.H.G. Das Reichsgericht[4] weist mit Recht auf die Rechtsfolgen hin, die bei Zugrundelegung der Haftvorschriften

---

[1] Viezens a. a. O. S. 132 ff.
[2] Viezens a. a. O. S. 128.
[3] Vergl. Art. 112/113 A.D.H.G.B.
[4] E.R.G. Bd. 16/58.

des Erbrechts entstehen könnten. Wenn alle Mitglieder im Todesfall durch ihren Erben ersetzt werden sollen, so sei nach dem Tode aller Mitglieder aus der O.H.G. beinahe ein Aktienverein geworden, da die Mitglieder nur mit den Mitteln der Nachlässe haften. Auch die Denkschrift[2] führt aus: „Allerdings lässt sich die Schwierigkeit nicht in der Weise beseitigen, dass der Erbe, selbst wenn er längere Zeit als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt, immer nur mit der Erbschaft für die Ges.Schulden zu haften braucht. Eine derartige Regelung würde die Rechtssicherheit gefährden, und in Ansehung neu entstehender Verbindlichkeiten überhaupt nicht durchzuführen sein".

Eine wesentliche Stütze findet diese Auffassung weiterhin in der Geschichte des Art. 123 Nr. 2,[1] wonach diese Bestimmung weniger im Interesse des Erben als vielmehr im Interesse der Gesellschaft getroffen worden ist. Den Gesellschaftern sollte die Möglichkeit gegeben werden, den Bestand der Gesellschaft vom Tode eines Mitglieds unabhängig zu machen, insbesondere sollte auch eine Schwächung der Kapitalkraft durch Auszahlung einer Abfindungssumme vermieden werden. Die Denkschrift führt dazu folgendes aus:[2] „Denn wenn in einem Ges.Vertrag bestimmt wird, dass die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters fortgesetzt werden soll, so ist hierbei in der Regel neben der Rücksicht auf das Interesse der Erben hauptsächlich die Absicht massgebend, dass das Ges.Kapital auch nach dem Tode eines der Gesellschafter dem gemeinsamen Unternehmen ungeschmälert erhalten bleiben soll."[3]

Es muss daher die Feststelllung getroffen werden, dass der dargelegte Zweck des Gesetzes nur dadurch erreicht werden kann, dass die erbrechtlichen Haftungsvorschriften als in diesem Zusammenhang für das Gesellschaftsrecht nicht passensd, ausser Anwendung bleiben und der Erbengesellschafter nicht wie ein Erbe, sondern wie ein Gesellschafter haftet.[4]

Die Haftung nach Gesellschaftsrecht ergibt sich aus den Art. 112/113 A.D.H.G.B., wonach der Erbe mit dem Eintritt in die Gesellschafterstellung für alle bisher entstandenen und während der Dauer seiner Mitgliedschaft noch entstehenden Verbindlichkeiten nicht nur mit dem Nachlass, sondern auch mit seinem ganzen Privatvermögen einzustehen hat. Nur durch Ausschlagung der Erbschaft kann er sich von dieser Haftung befreien.

Verfasser schliesst sich im Ergebnis der vom Reichsgericht und Viezens vertretenen Auffassung an, dass der Erbe mit dem Erbfall uno actu auch Gesellschafter wird und als solcher haftet, versucht aber eine andere Begründung dafür zu geben und darzulegen, dass

---

[1] Vergl. Abschnitt I.

[2] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, Berlin 1897 S. 107.

[3] E.R.G. Bd. 16/59.

[4] Vergl. Art. 2 E.G.H.G.B.

der Unterschied der Auffassung der verschiedenen Theorien auf der Verschiedenheit der Basis beruht, von der die Theorien ausgehen, nämlich der Konstruktion der Gesamthand.

Die O.H.G. ist, wie im I. Abschnitt ausgeführt, ein Rechtsgebilde des deutschen Rechts und ihrer Konstruktion nach, so weit sie das hier bedeutsame Innenverhältnis der Gesellschafter betrifft, eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Dass die O.H.G. im geltenden Recht nicht einheitlich, sondern teils als gesamte Hand, teils als juristische Person ausgestaltet ist, hat Schönfeld[1] klar gezeigt. Zwar wurde unter der Herrschaft des gemeinen Rechts versucht, die O.H.G. als einen Sonderfall dem Begriff der societas unterzuordnen oder als juristische Person zu konstruieren; doch hat sich seit dem Erlass des A.D.H.G.B. die Rechtslehre und Rechtsprechung, wenn auch mit vielen Differenzierungen im einzelnen, mehr und mehr der deutschrechtlichen Anschauung angeschlossen.[2 3 4 5] Seit dem Erlass des B.G.B. und der Anwendung der §§ 705 ff. auf die O.H.G. ist diese Ansicht nahezu unbestritten.

Die Rechtskonstruktion der gesamten Hand ist nun im einzelnen nicht einheitlich.[6 7 8 9 10 11]

Man darf wohl der Ansicht Gierkes und Schönfelds folgen, wonach die gesamte Hand kein Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsprinzip ist, das besagt, dass mehrere Personen ohne eine juristische Person zu bilden, in einer rechtlichen Verbundenheit die Stellung eines Rechtssubjekts haben. Das Recht knüpft also nicht an die Einzelperson an, wie im römischen Recht, sondern an die Gemeinschaft; daher ist auch die Rechtsbeziehung des Gemeinders zum Vermögen der Gesamthand nur eine mittelbare, vermittelt durch die Zugehörigkeit zur Gemeinderschaft.

In der Lehre von der Gesamthand scheiden sich nun weiterhin zwei Auffassungen bei der Frage ob ungeteilte oder geteilte Mitberechtigung der Gemeinder am Vermögen der Gemeinschaft zur gesamten Hand anzunehmen ist.[12]

Die erste geht davon aus, dass ein sog. Anteil des Einzelnen am Vermögen der Gesamthandgemeinschaft begrifflich undenkbar

---

[1] Schönfeld, in Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik d. bürg. Rechts. Bd. 75 S. 352 ff.

[2] Staub zu Art. 85 A.D.H.G.B.

[3] Hahn, Vorbem. zum 3. Abschn. des A.D.H.G.B. S. 349.

[4] Anschütz—Völderndorff, Einl. zum 2. Buch des A.D.H.G.B. S. 6 ff.

[5] Behrend S. 443 ff.

[6] Stobbe Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. IV S. 214 ff.

[7] Joerges, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 49 S. 181.

[8] Gierke, Archiv f. bürgl. Recht. Bd. 19 S. 116.

[9] Gierke, deutsches Privatrecht 1. Bd. S. 663, 675 ff.

[10] Schönfeld, Festgabe der jurist. Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. II. Bd. S. 225 ff.

[11] E.R.G. Bd. 105/288; Bd. 107/172.

[12] Vergl. die Literaturzusammenstellung bei Kaufmann, das Eigentum am Ges.-Vermögen 1911 S. 17 ff. und 33 ff.

sei und ein solcher daher auch nicht veräussert werden könne.[1] Eine der Verfügung ähnliche Wirkung kann nach dieser Ansicht daher nur durch Austritt eines Gemeinders und Eintritt eines neuen in die Gemeinderschaft erreicht werden. Das Ausscheiden oder Eintreten eines Gemeinders ist sonach primär ein personenrechtlicher Vorgang mit sachenrechtlicher Reflexwirkung. Nach dem Ausscheiden z. B. steht der Gemeinschaft der übrigen Gesamthänder nach wie vor das ganze Vermögen zu. Die Ausdehnung ihrer Rechte bezeichnet das B.G.B. als Anwachsung.[2 3] Tritt ein neuer Gesamthänder ein, so ist umgekehrt die Zahl der Gemeinder bei gleichbleibendem Vermögen grösser geworden, welcher Vorgang als Abwachsung bezeichnet wird.[4 5 6]

Nach dieser Theorie der ungeteilten Mitberechtigung am Ges. Vermögen scheidet ein Gesellschafter mit seinem Tode aus der Gesellschaft aus und die Nachfolge in seine Teilhaberrechte vollzieht sich kraft der Fortsetzungsklausel durch Aufnahme des Erben in die Personalgemeinschaft der Mitglieder, wodurch dieser in der erwähnten Weise mittelbar des Vermögens teilhaftig wird. Die übrigen Mitglieder sind zur Aufnahme infolge der Fortsetzungsklausel verpflichtet, die eine im voraus erteilte bindende Einwilligung darstellt. Auch der Erbe hat das Recht und die Pflicht zum Eintritt. Auf dieser Konstruktion der Gesamthand beruht die Auffassung der Erbrechtstheorie.[7]

Diese sog. reine und historische Konstruktion der Gesamthand wie sie die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung für sich in Anspruch nimmt, ist nun aber infolge des Einflusses des gemeinen Rechts, der Veränderung der sozialen Verhältnisse und der Bedürfnisse der modernen Verkehrswirtschaft verdunkelt und mit gemeinrechtlichen Vorstellungen aus der Societät und dem Miteigentum vermischt und in dieser veränderten Form auf die O.H.G. angewendet worden. Insbesondere ist im Anschluss an den Art. 98 Abs. 2 A.D.H.G.B., der von der Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einen Dritten handelt, in der Wissenschaft und Rechtsprechung die Anschauung eines unmittelbaren Rechts des Gesellschafters am Ges. Vermögen lebendig geworden, sei es in der Form einer bruchteilmässigen Beteiligung, sei es in der Form eines Anspruchs auf ein Auseinandersetzungsguthaben nach Auflösung der Gesellschaft.

Diese Auffassung hat zur Theorie der geteilten Mitberechtigung geführt.[8] Auch Gierke[9] erklärt diese Auffassung als durch-

---

[1] Kaufmann S. 79.
[2] Vergl. § 738 BGB.
[3] E.R.G. Bd. 65/235, Bd. 72/162.
[4] Kaufmann S. 79.
[5] Staudinger zu § 736 IV 1.
[6] E.R.G. Bd. 82/161.
[7] Vergl. die Ausführungen i. 3. Kap. S. 39.
[8] Kaufmann S. 33 ff.
[9] Gierke, deutsches Privatrecht 1. Bd. S. 678.

aus mit dem Prinzip der Gesamthand vereinbar, wenn er ausführt: „Im Fall einer rein kapitalistischen Struktur des Gemeinschaftsvermögens nehmen sie (Anteile) die Gestalt reiner Wertanteile an. Ihrem Umfang nach sind die Anteile bald nach Bruchteilen bestimmt und im letzteren Fall wieder entweder fest oder veränderlich, (Anm. 78), so namentlich bei der „offenen Handelsgesellschaft."

Was das geltende Recht betrifft, so erklären zwar die §§ 717 S. 1 und 719 Abs. 1 BGB. die Anteile eines Gesellschafters am Ges.Vermögen für unveräusserlich. Doch sind diese Bestimmungen mit der herrschenden Meinung als dispositives Recht anzusehen. Das gesetzliche Veräusserungsverbot kann daher generell durch den Ges.Vertrag, oder im Einzelfall durch die Zustimmung aller Gesellschafter aufgehoben werden.[1] [2] [3] [4]

Wenn ein Gesellschafter aber mit Zustimmung aller übrigen über seinen Gesellschaftsanteil unter Lebenden verfügen kann, dann steht auch einer Rechtsnachfolge im Erbgang nichts entgegen, sofern nur die übrigen Gesellschafter zustimmen.

Unter diesem Gesichtspunkt wird die Theorie von Viezens und im Ergebnis auch die Gesetzestheorie des Reichsgerichts verständlich. Durch die vertragliche Fortsetzungsklausel werden die erforderlichen Zustimmungserklärungen der Gesellschafter verbindlich und unwiderruflich gestaltet, so dass sie auch im Augenblick des Todes wirksam sind und zusammen mit der transitorischen Kraft des Erbrechts den Uebergang der Mitgliedschaftsrechte des Erblassers in complexu auf den Erben herbeiführen.[5]

In diesem Zusammenhang taucht nun die Frage auf, ob die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, die der Erblasser inne hatte, im Erbgang auf den Erben übergeht, oder mit dem Tod des Erblassers erlischt. Viezens[6] bejaht die rechtliche Möglichkeit des Uebergangs, insbesondere weil aus der Forts.Klausel hervorgehen könne, dass die Beteiligten selbst, die Gesellschafter, den Uebergang der Befugnis auf den Erben wünschen und keine Bedenken dagegen hätten. Dieselbe Ansicht vertritt das Reichsgericht.[7] Es geht davon aus, dass auch die Befugnisse zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft im Rahmen des § 727 BGB. vererblich seien, sofern nur der Vertrag bestimme, dass die Gesellschaft mit dem Erben fortgesetzt werden solle. Diese Erblichkeit der genannten Befugnisse solle nur dann ausgeschlossen sein, wenn der Vertrag für sie ausdrücklich eine Sonderregelung treffe, und sie der gesetzlichen Regel des § 727 BGB. entsprechend für unvererblich erkläre. Enthalte also der Vertrag für die Befugnisse

---

[1] Staudinger zu § 717 III.
[2] Planck zu § 717 Nr. 3.
[3] Komm. d. R.G.Räte zu § 717 Nr. 4.
[4] Wieland S. 658 I. 1.
[5] Behrend S. 479 Anm. 16.
[6] Viezens a. a. O. S. 130.
[7] R.G. in Holdh. Monatsschrift f. Handelsrecht und Bankwesen 1905 S. 233.

keine Sonderregelung, dann seien sie vererblich. Bezüglich der dabei auftretenden Missstände führt das Reichsgericht aus: „ die Missstände, welche sich beim Eintritt von Erben in die Gesellschaft und die Rechtsstellung des Erblassers und dessen Befugnisse als Komplementär ergeben können, verlieren ihre durchgreifende Bedeutung und die Bedenken gegen einen solchen Eintritt werden dadurch beseitigt, dass nach Art. 101 des alten und § 127 des neuen HGB. ein Weg gegeben ist, dem ungeeigneten Erben Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu entziehen."

Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Entscheidend ist in erster Linie der Ges.Vertrag. Insoweit ist Viezens und dem Reichsgericht zuzustimmen. Der massgebliche Gesichtspunkt liegt jedoch darin, ob die erwähnten Befugnisse nach dem Ges.Vertrag allen Mitgliedern zustehen sollen, diese also gewissermassen ein Annexum der Teilhaberschaft darstellen, oder ob sie nur besonders hervorragenden Mitgliedern, insbesondere bloss einem davon verliehen sind. Im ersteren Fall erwirbt der Erbe die Befugnisse mit Beginn seiner Rechtsstellung als Gesellschafter. Im letzteren Fall dagegen, in dem die Befugnisse einem Mitglied mit Rücksicht auf seine persönliche Tüchtigkeit oder geschäftliche Erfahrung verliehen und daher nach dem Willen der überlebenen Mitglieder an seine Person geknüpft sein sollen, erlöschen sie notwendigerweise mit seinem Tode.[1] [2] Die Korrekturmöglichkeit, die das Reichsgericht in der Bestimmung des § 127 HGB. gegeben sieht, ist sehr unvollständig und umständlich. Der Schaden, den ein geschäftsführender Erbengesellschafter anrichten kann, bis sich herausgestellt hat, dass die in § 127 erforderlichen Voraussetzungen zur Entziehung der Vertretungsmacht vorliegen, wird häufig nicht wieder gutzumachen sein.

Schon vor dem Erlass des A.D.H.G.B. ist von Brinckmann[3] und Treitschke[4] die Frage aufgeworfen worden, ob es rechtlich zulässig sei, dass der Erblasser den Erben zur Fortsetzung der Gesellschaft mit den überlebenden Mitgliedern verpflichte. Beide Schriftsteller verneinen die Frage im Gegensatz zu Martens[5], der annimmt, dass nach deutschem Gewohnheitsrecht der Erblasser seine Erben gültig verpflichten könne, die Gesellschaft noch eine Zeitlang fortzusetzen. Dabei verweist Brinckmann auf die Frankfurter Reformation von 1578 ander Teil, Titel 33, § 6, wonach dem Erben die erwähnte Verpflichtung auferlegt werden könne. Nach heutigem Gewohnheitsrecht, meint er, könne der Erbe nur verpflichtet werden, noch eine bestimmte Zeit nach dem Erbfall den Anteil des Erblassers am Ges.Vermögen in der Gesellschaft zu belassen, unter Teilnahme am Gewinn und Verlust.

---

[1] Staub zu § 139 Anm. 14.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 10 a.
[3] Brinckmann a. a. O. S. 185.
[4] Treitschke a. a. O. S. 197.
[5] Martens a. a. O. S. 35 Z. 3.

Unter der Herrschaft des A.D.H.G.B. vertreten dann Gareis-Fuchsberger[1] und Hahn[2] die Ansicht, dass die Forts.Klausel die Erben nicht verpflichte, sondern nur zur Fortsetzung berechtige. Diese Schriftsteller gehen bei ihrer Problemstellung bewusst oder unbewusst von den Anschauungen der dargestellten Erbrechtstheorie aus, nach der die Forts.Klausel die überlebenden Mitglieder und den Erben nur obligatorisch berechtigt und verpflichtet die Gesellschaft fortzusetzen. Vom Standpunkt der vom Reichsgericht[3] vertretenen und im Ergebnis von Viezens und dem Verfasser gebilligten Gesetzestheorie kann von einer solchen Pflicht, die jenen Schriftstellern vorschwebt, nicht die Rede sein. Denn mit Antritt der Erbschaft ist der Erbe auch ipso jure Gesellschafter geworden und das rechtliche Ergebnis, das sich bei Erfüllung jener imaginären Pflicht ergeben soll, tritt nach der Gesetzestheorie kraft Gesetzes[4] nach Viezens kraft Erbrechts und kraft der Forts.Klausel ein.[5] Der Erbe hat daher Rechte und Pflichten nur als Gesellschafter und zwar gemäss den Bestimmungen des HGB. oder Ges.Vertrags, insbesondere der Forts.Klausel. Erfüllt er diese Verpflichtungen nicht, so haftet er den übrigen Gesellschaftern gemäss Art. 94, 95, 96, 97, 100 und können diese nach Art. 125 Abs. 2 Z. 3 Auflösung der Gesellschaft oder Ausschliessung des Erben verlangen.[6]

Eine besondere Rechtsstellung nehmen indessen die pflichtteilsberechtigten Erben ein. Für sie gelten die dargelegten Grundsätze nicht schlechthin. Wer unter den Erben pflichtteilsberechtigt ist, ergab sich für das alte Recht aus dem Erbrecht der Einzelstaaten. Für das preussische Recht galt ganz allgemein der Grundsatz, dass das Pflichtteilsrecht mit Bedingungen und sonstigen Beschwerungen nicht belastet werden kann.[7] Danach kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn er sein Erbteil ausgeschlagen hat, seine gesetzliche Pflichtteilsforderung unbelastet verlangen und braucht nicht Gesellschafter zu werden.[8]

Für das geltende Recht vertritt zu der in Rede stehenden Frage eine besondere Ansicht, Jonen.[9] Er nimmt an, dass die Verpflichtung des Erben zur Fortsetzung der Gesellschaft eine gegen die guten Sitten verstossende Beschränkung desselben hinsichtlich seiner Berufswahl enthalte und daher nichtig sei.

Diese Ansicht ist in der Verallgemeinerung unrichtig. Man muss wiederum zwischen Erben mit und ohne Pflichtteilsrecht

---

[1] Gareis—Fuchsberger zu Art. 123 Anm. 155.
[2] Hahn zu Art. 123 § 5.
[3] E.R.G. Bd. 16/40.
[4] Art. 123 Nr. 2 A.D.H.G.B.
[5] Viezens a. a. O. S. 131.
[6] vergl. Art. 128 A. D.H.G.B.
[7] vergl. A.L.R. II/1 § 398.
[8] Staub zu Art. 123 Nr. 2.
[9] Jonen, die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Kölner Dissertation 1921 S. 13 ff.

unterscheiden. Erstere sind nach BGB. die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers.[1] Alle anderen gesetzlichen Erben kann der Erblasser nach Belieben enterben,[2] ohne dass diese letztwilligen Verfügungen wegen Unsittlichkeit nichtig sind. Wenn aber selbst die Enterbung nicht sittenwidrig ist, dann ist es die Einsetzung mit der Forts.Klausel erst recht nicht, zumal sich der Erbe durch die Kommanditistenstellung oder bei deren Verweigerung durch seinen Austritt von persönlicher Inanspruchnahme freimachen kann.

Was die pflichtteilsberechtigten Erben betrifft, so ist zur Klärung der Frage die Bestimmung des § 2306 BGB. heranzuziehen, die von gewissen Beschränkungen des pflichtteilsberechtigten Erben handelt. Aus der Erörterung auszuscheiden hat der enterbte Pflichtteilsberechtigte, da er nicht Erbe, sondern nur Gläubiger des Erben ist. Er hat nach § 2303 BGB. ohne weiteres Anspruch auf seinen unbelasteten Pflichtteil; für ihn kommt § 139 HGB. nicht zur Anwendung. Das Problem spitzt sich vielmehr auf die Frage zu, ob für einen pflichtteilsberechtigten Erben darin, dass er infolge der Forts.Klausel zwangsläufig Gesellschafter sein muss, eine Beschränkung oder Beschwerung i. S. des § 2306 BGB. zu finden ist. Bejahendenfalls würde dann nach dieser Vorschrift die Fortsetzung als nicht angeordnet gelten, wenn der dem Erben hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt, oder könnte der Erbe, wenn der hinterlassene Erbteil grösser ist, diesen ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Die Frage ist, soweit ersichtlich, in der Literatur und Rechtssprechung bisher nicht erörtert worden.

Es ist davon auszugehen, dass die Testierfreiheit des Erblassers auch den pflichtteilsberechtigten Erben gegenüber grundsätzlich vom Gesetz gewährleistet worden ist und dass daher jede diesbezügliche Einschränkung im Gesetze selbst festgelegt sein muss. Nur die im Gesetz ausdrücklich anerkannten Beschränkungen sind sonach geeignet, die Testierfreiheit des Erblassers einzuengen, ihre Aufzählung ist erschöpfend und eine analoge Ausdehnung daher ausgeschlossen. Das gilt in erster Linie für den Kreis der Pflichtteilsberechtigten und sodann für die zu Gunsten dieser erlassenen Vorschriften der §§ 2303 ff. BGB. insbesondere für den § 2306. Die daselbst aufgezählten Arten von Beschränkungen, die für die pflichtteilsberechtigten Erben unter Umständen nicht verbindlich sind, sind erschöpfend und auf andere ähnliche Fälle nicht auszudehnen.[3] [4]

In ähnlicher Weise spricht sich die Denkschrift zu § 139 HGB.[5] aus: „denn wenn in einem Ges.Vertrag bestimmt wird, dass die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters fortgesetzt wer-

[1] vergl. § 2303 BGB.
[2] vergl. §§ 1937, 1938, 1941 BGB.
[3] Planck zu § 2306 Nr. 2 a.
[4] Komm. d. R.G.Räte zu § 2306 Z. 2.
[5] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs Berlin 1897 S. 107.

den soll, so ist hierbei in der Regel neben der Rücksicht auf das Interesse der Erben hauptsächlich die Absicht massgebend, dass das Ges.Kapital auch nach dem Tode eines der Gesellschafter dem gemeinsamen Unternehmen ungeschmälert erhalten bleiben soll. Eine solche Absicht ist an sich nicht zu beanstanden und hält sich namentlich innerhalb der Grenzen, welche dem Verfügungsrechte des Erblassser hinsichtlich der Belastung der Erben gezogen sind; ihre Verwirklichung muss deshalb auch möglich bleiben".

Man kommt daher zum Ergebnis, dass die Forts.Klausel nach § 139 HGB. nicht als Beschränkung oder Beschwerung i. S. des § 2306 BGB. zu gelten hat. Dem zur Fortsetzung berufenen Erben kommen daher die in § 2306 Abs. I genannten Rechte nicht zustatten.

Nach Darstellung der unter der Herrschaft des A.D.H.G.B. im Zusammenhang mit dem Art. 123 Nr. 2 erwachsenen Theorien wirft sich nun im Hinblick auf das geltende Recht die Frage auf, ob der Gesetzgeber des neuen HGB. bei der Formulierung des § 139 sich eine dieser Theorien und welche davon zu eigen gemacht hat.

Der Gesetzgeber hat keine der erwähnten Theorien ausdrücklich übernommen, hat aber das Ergebnis der Rechtsprechung, wonach der Erbe uno actu mit dem Erbfall Gesellschafter wird, anerkannt und dem Entwurf des neuen HGB. zu Grunde gelegt. Er hat dabei auch den für den Erben mit dieser Konstruktion verbundenen Misstand zu beseitigen versucht, der darin bestand, dass der Erbe gezwungen war, entweder mit seinem ganzen Vermögen für alle früheren und zukünftigen Schulden der Gesellschaft zu haften oder aber die ganze, vielleicht wertvolle Erbschaft auszuschlagen ,in dem er dem Erben das Recht gab, aus der Gesellschaft auszuscheiden, wenn ihm nicht auf seinen zu stellenden Antrag hin die Stellung eines Kommanditisten in der Gesellschaft eingeräumt werden sollte, mit dem Anteil seines Erblassers als Einlage. Die Denkschrift[1] führt dazu aus: „In der Rechtsprechung ist auf Grund des Art. 123 Nr. 2 in Verbindung mit Art. 113 des A.D.H.G.B. angenommen worden, dass der Erbe ohne weiteres in die Gesellschaft eintritt und für deren Schulden mit seinem Vermögen auch dann einzustehen hat, wenn er nach dem bürgerlichen Rechte für die Nachlassverbindlichkeiten an sich nur beschränkt haftet. Dieses Ergebnis enthält eine unbillige Härte gegen den Erben; derselbe kann in einem solchen Fall die unbeschränkte Haftung für die Ges.Schulden nur durch rechtzeitige Ausschlagung der ganzen Erbschaft von sich abwenden". Die Denkschrift fährt dann im II. Abschnitt fort: „Die bezeichneten Bedenken werden vermieden, wenn der Erbe die Befugnis erhält, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, dass ihm unter Belassung des Gewinnanteils seines Erblassers die Stellung eines Kom-

[1] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs Berlin 1897 S. 106.

manditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Auf dieser Grundlage ist derGegenstand im Entwurf geregelt. Gehen die übrigen Gesellschafter auf den Antrag des Erben nicht ein, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären".

Ganz im Sinne der Denkschrift ist dann der Art. 137 des Entwurfs ohne Aenderung angenommen und im heutigen § 139 HGB. geltendes Recht geworden. Der § 139 lautet folgendermassen:

„Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellchaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahingehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablauf der 3 Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist.

Scheidet innerhalb der Frist des Absatz 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus, oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Massgabe der die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Abs. 1—4 nicht ausschliessen; es kann jedoch für den Fall, dass der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnanteil anders als der des Erblassers bestimmt werden".

Diesen Vorschriften, als das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung, sind nun im folgenden die rechtlichen Gesichtspunkte zu entnehmen, welche für die Rechtsstellung des Erben massgebend sind, wenn er die Gesellschaft mit den überlebenden Mitgliedern fortsetzt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass auch der Wortlaut des Gesetzes mit Sicherheit bestätigt, dass das HGB. sich die Auffassung des automatischen Eintritts des Erben in die Gesellschaft und die Gesellschafterrechte zu eigen gemacht hat. Das ergibt sich aus den Wendungen: „so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen", oder: „scheidet innerhalb der Frist des Absatz 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus". Anderer Ansicht ist ohne zutreffende Begründung Jonen[1]. Diese Auffassung des HGB. geht aber nach Ansicht des Verfassers von der Vorstellung aus, dass eine Uebertragung der Mitgliedschaftsrechte mit Einwilligung aller Gesellschafter unter Lebenden und daher auch im Erbgang zulässig ist. [2 3 4]

Tritt man dagegen der entgegengesetzten Ansicht von Oertmann und Staub bei, wonach jene Bestimmungen zwingendes Recht enthalten, dann ist der § 139 eine Anomalie in der Konstruktion der Gesamthand und gehört zu jenen Fällen, in denen der Gesetzgeber ein Institut nach dem Prinzip der Gesamthand konstruiert, diese Konstruktion aber mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtslebens nicht rein durchgeführt, sondern durchbrochen hat.[5]

B.

Die Voraussetzungen zur Anwendung des § 139 HGB.

Die Anwendung des § 139 ist an die Verwirklichung zweier rechtlicher Tatbestände geknüpft, nämlich:

1. an das Bestehen einer Gesellschaft und eines Ges.Vertrages, wonach beim Tode eines Mitglieds die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll (Forts.Klausel),

2. an den Eintritt des Todes eines in der Forts.Klausel benannten Gesellschafters. Sind diese rechtlichen Voraussetzungen gegeben, dann ist der Erbe ipso jure Gesellschafter geworden. Von seinem Willen hängt es aber ab, zu bestimmen, ob diese Rechtsstellung nur eine vorübergehende sein oder eine dauernde bleiben soll. Will der Erbe Gesellschafter bleiben, dann gibt er entweder an die übrigen Gesellschafter eine dahingehende Erklärung ab oder lässt eine seit seiner Kenntnis vom Erbschaftsanfall zu berechnende dreimonatliche Frist untätig verstreichen. Nach Zugang der Erklärung an die Gesellschafter oder Ablauf der Frist ist der Erbe endgültig Gesellschafter geworden. Es steht ihm aber innerhalb der genannten Frist den übrigen Gesellschaftern gegenüber das Recht zu, entweder seine Rechtsstellung als Gesellschafter mit der eines Kommanditisten zu vertauschen oder aber, wenn die

[1] Jonen S. 24.
[2] Staudinger zu § 717 III.
[3] Komm. d. R.G.Räte zu § 717 Nr. 4.
[4] Planck zu § 717 Nr. 3.
[5] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 15.

übrigen Gesellschafter damit nicht einverstanden sind, aus der Gesellschaft auszuscheiden. In dieser Möglichkeit, Erbe zu bleiben und doch die Haftungsgefahren zu vermeiden, die die Stellung als offener Gesellschafter mit sich bringt, liegt der Fortschritt der Vorschrift des § 139 HGB. gegenüber dem Art. 123 Nr. 2 des A.D.HGB.

Trotz des scheinbar klaren Wortlauts und Inhalts der Bestimmungen sind bei deren Auslegung eine Fülle von Bedenken und Streitfragen entstanden. Das gilt besonders bezüglich der beiden gekennzeichneten Voraussetzungen zu 1. und 2., von denen im folgenden zu handeln sein wird.

Die Forts.Klausel ist eine Vereinbarung aller Gesellschafter im Rahmen des Ges.Vertrags. Nur durch Zustimmung aller Gesellschafter kann die gesetzliche Regelung des § 131 Nr. 4 ausser Kraft gesetzt werden; eine einseitige Fortsetzungsanordnung eines Mitglieds, z. B. in Form einer Auflage im Testament, könnte nicht die Rechtsfolgen des § 139 auslösen. Die Auflage würde zwar den Erben belasten, niemals aber die übrigen Gesellschafter im Sinne des § 139 verpflichten. Dasselbe gilt auch für etwaige Vereinbarungen zwischen dem Erblasser und dritten Personen, z. B. den Erben selbst. Eine Form für die Forts.Klausel ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Sie kann daher dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechend mündlich verabredet werden, wie der ganze Ges.Vertrag.

Unter der Herrschaft des A.D.HGB. wurde darüber gestritten, ob die Forts.Klausel schon im Gründungsvertrag der Gesellschaft enthalten sein müsse, oder ob eine spätere vor dem Tode des Erblassers erfolgende Verabredung der Gesellschafter zur Erfüllung des Art. 123 Nr. 2 genüge. Seit Viezens[1] unter eingehender Begründung die letztere Ansicht vertreten und die meisten Schriftsteller sich derselben angeschlossen haben, dürfte diese Streitfrage auch für das geltende Recht erledigt sein[2]. Danach genügt es, wenn die Forts.Klausel spätestens vor dem Tode des davon betroffenen Gesellschafters im Vertrag enthalten ist. Diese Ansicht schliesst die Möglichkeit nicht aus, dass die Gesellschafter und die Erben, die mangels einer Forts.Klausel aufgelöste Gesellschaft durch neue Verabredungen oder stillschweigend fortsetzen können[3]. Doch fällt dann diese fortgesetzte Gesellschaft nicht in den Geltungsbereich des § 139.

Die Forts.Klausel im Sinne des § 139 hat den bestimmten rechtlichen Inhalt, dass die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden s o l l oder m u s s. Es ist nun aber eine Forts.Abrede denkbar, kraft deren dem Erben nur das Recht zustehen soll, nach dem Tode des Erblassers an dessen Stelle in die

[1] Viezens a. a. O. S. 92 ff.
[2] Staub zu § 139 Anm. 1.
[3] Vergl. die Ausführungen S. 16/17.

Gesellschaft einzutreten, sei es als Gesellschafter oder als Kommanditist[1].

Diese Abrede fällt nicht in den Rahmen des § 139, da sie keinen Eintritt des Erben in die Gesellschaft kraft Gesetzes bewirkt, sondern den Eintritt von dessen Willen abhängig machen will. Da sie aber regelmässig eine Bestimmung im Sinne des § 138 HGB. enthalten wird, so wird die Gesellschaft zunächst unter den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt, bis sich der Erbe für den Eintritt oder Nichteintritt entschieden hat. Die Rechtsstellung des Erben bis zu dieser Entscheidung ist oben dargestellt.[2]

Was die Natur dieses Eintrittsrechtes betrifft, so sind zwei Konstruktionen denkbar: 1. eine solche, wonach dem Erben ein Anspruch gegen die Gesellschafter zusteht, dass diese mit ihm einen Ges.Vertrag abschliessen, 2. eine andere, wonach der Erbe durch seine an die Gesellschafter gerichtete einseitige Willenserklärung in den Ges.Vertrag eintritt, d. h. Gesellschafter wird.[3] Die Konstruktion zu Z. 1 deckt sich mit der oben dargestellten Erbrechtstheorie. Die Forts.Klausel hat hier lediglich die Natur eines Vorvertrags zwischen den davon betroffenen Gesellschaftern zu Gunsten eines Dritten, nämlich des vom Erblasser zu bestimmenden oder schon bestimmten gesetzlichen oder testamentarischen Erben, gerichtet auf den Abschluss eines Ges.Vertrages, wobei dem Erben selbständig das Recht auf Eintritt, d. h. auf Abschluss dieses Ges.-Vertrages zusteht (pactum de ineunda societate).[4] Nach Eintritt des Erbfalls sind auf Verlangen des Erben die überlebenden Gesellschafter verpflichtet, mit ihm einen Ges.Vertrag abzuschliessen, dessen Inhalt sich in erster Linie nach dem im Vorvertrag Verabredeten richtet. Mangels näherer Bestimmungen wird dem Willen der Parteien entsprechend der Ges.Vertrag denselben Inhalt haben wie der mit dem Erblasser geschlossene, namentlich hinsichtlich der Einlage und der Gewinnbeteiligung.[5] Was die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft betrifft, so sind auch hier die oben dargelegten Grundsätze anzuwenden.[6]

Nach der Konstruktion zu Z. 2 stellt sich die Forts.Klausel, wonach der Erbe nach dem Tode des Erblassers das Eintrittsrecht haben soll, als eine bindende Offerte der überlebenden Gesellschafter dar, die auf Abschluss eines Ges.Vertrages an den Erben gerichtet ist. Mit Annahme dieser Offerte kommt der Vertrag zustande und wird der Erbe Gesellschafter. Der Inhalt der Offerte deckt sich wie oben mit den Vereinbarungen der Forts.Klausel; mangels solcher wird der Erbe dieselbe Rechtsstellung zu bekommen haben wie sein Erblasser. Die Tatsache, dass im Augenblick

---

[1] E R.G. Bd. 16/54.
[2] Vergl. die Ausführungen S. 29 ff.
[3] Zitelmann i. d. Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgl. Rechts Bd. 73 S. 185 ff.
[4] Vergl. § 328 Abs. 2 BGB.
[5] Praxis des R.G. in Civilsachen von A. Bolze Bd. 23 Nr. 575.
[6] Vergl. die Ausführungen in 3. Kap. S. 44 ff.

der Forts.Vereinbarung die Person des Erben noch unbestimmt sein kann und deren Bestimmung im Willen des Erblassers liegt, hindert die Rechtsgültigkeit der Offerte nicht. Denn es gibt Offerte an eine unbestimmte Anzahl von Personen[1]. Die überlebenden Gesellschafter sind an ihre Offerte solange gebunden, als sie den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten dürfen.[2]

Die angemessene Ueberlegungsfrist des Erben läuft nicht vom Zeitpunkt des Erbfalls an, sondern beginnt mit seiner Kenntnis vom Erbfall und dem Eintrittsrecht.

Welche dieser beiden Konstruktionen dem Parteiwillen am besten entspricht, ist durch Auslegung der Forts.Klausel zu ermitteln. Der Konstruktion zu Z. 1 wird vielleicht dann der Vorzug zu geben sein, wenn der Aufnahmevertrag dem Erben nicht dieselbe Rechtsstellung geben soll wie sie der Erblasser gehabt hat, da in diesem Fall noch gegenseitige Verhandlungen erforderlich sein werden. Indessen wird der Parteiwille regelmässig dahin gehen, dem Erben dieselbe Rechtsstellung zu geben, wie seinem Erblasser, und da für diesen Fall offenbar die Konstruktion zu Z. 2 angemessen und einfach erscheint, so wird ihre Anwendung in der Praxis am häufigsten dem Parteiwillen gerecht werden und brauchbare Ergebnisse liefern.[3]

Eine Forts.Klausel im Sinne des § 139 liegt nur dann vor, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters in Aussicht genommen ist. Ausserhalb des § 139 kann aber auch eine Forts.Klausel im Sinne des § 331 BGB. in Form eines Vertrages zu Gunsten Dritter, auf den Todesfall eines Gesellschafters verabredet werden. Dieser Dritte kann auch der Erbe sein.[4 5 6] Vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus, die zu billigen ist, sind die Mitgliedschaftsrechte in ihrer Totalität mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter veräusserlich und vererblich.[7] Es wird daher mit dem Reichsgericht anzunehmen sein, dass die Forts.Klausel derart ausgestattet werden kann, dass die überlebenden Gesellschafter verpflichtet sind, nach dem Tode des von der Klausel betroffenen Gesellschafters dessen Mitgliedschaftsrechte auf den Erben zu übertragen. Damit scheidet beim Erbfall dieser Vermögensteil des Erblassers aus dem Nachlass aus und erwirbt der Erbe diese Rechte nicht im Erbgang, sondern aus dem Vertrag; er ist für diesen Vermögensteil nicht Rechtsnachfolger des Erblassers, sondern Gesellschaftsgläubiger. Er hat, da die Gesellschaft zunächst unter den überlebenden Mitgliedern

---

[1] Neumond im Civ.Archiv Bd. 89/166.
[2] Vergl. § 147 Abs. 2 BGB.
[3] Krückmann i. d. Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgl. Rechts Bd. 74 S. 69 ff.
[4] E.R.G. Bd. 80/176; Bd. 88/137; Bd. 106/1.
[5] Endemann, Grundr. d. Rechtsw. Bd. 5 Erbrecht 1923 S. 23 II c.
[6] Ehrenberg im „Recht" 1911 S. 13 III.
[7] Wieland a. a. O. S. 658 I 1.

fortbesteht,[1] einen Anspruch auf das Abfindungsguthaben, infolge der Forts.Klausel aber auch das Recht auf Aufnahme in die Gesellschaft und damit auf Umwandlung seiner Forderung in eine Einlage, seiner Gläubigerstellung in eine Gesellschafterstellung. Diese Rechte des Erben sind obligatorischer Natur. Verträge zu Gunsten Dritter mit dinglicher Wirkung für den Dritten werden von der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Rechtslehre nicht anerkannt.[2 3] Die bezeichneten Rechte bleiben dem Erben erhalten, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt. Da aber durch Ausschlagung die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten wegfällt, so kann diese Vertragsform zum Nachteil der Nachlassgläubiger missbraucht werden.[4] Ihre Verwendung ist auch für den Fall geeignet, dass der Erbe nicht wie im § 139 HGB. ipso jure Gesellschafter werden, sondern nur das Recht auf Aufnahme erhalten soll.

Auch hier ist durch Auslegung der Forts.Klausel zu ermitteln, ob nach dem Willen der Vertragsschliessenden der Erbe die Mitgliedschaftsrechte innerhalb oder ausserhalb des Erbganges erhalten soll. Wenn nicht eine ausdrückliche Verabredung im Sinne des § 331 BGB. getroffen ist, wird man regelmässig das erstere annehmen müssen.

Die Gültigkeit der Forts.Klausel kann im Ges.Vertrag an gewisse Bedingungen geknüpft sein, seien es solche, die in der Person des Erben liegen, z. B. wenn die Fortsetzung nur bei Volljährigkeit des Erben oder bei Absolvierung gewisser Prüfungen stattfinden soll, seien es andere, z. B. die Fortsetzung soll nur stattfinden, wenn das Ges.Vermögen einen bestimmten Umfang erreicht hat.[5 6 7 8] Nach Ansicht des Verfassers sind im Geltungsbereich des § 139 indessen nur solche Bedingungen für zulässig zu erachten, deren Eintritt oder Ausfall sich vor dem Erbfall entscheidet. Die Gründe für diese Einschränkung sind teilweise dieselben, wie diejenigen, die Sames dafür anführt, dass eine Vereinbarung, wonach die Fortsetzung erst eine bestimmte Zeit nach dem Erbfall stattfinden soll, unstatthaft sei. Zunächst ist auf den Grundsatz hinzuweisen, von dem der § 139 beherrscht ist, dass nämlich der Erbe uno actu mit dem Erwerb der Erbschaft in die Gesellschaftsstellung tritt. Dieser Grundsatz wäre durchbrochen, wenn man zulassen wollte, dass die Entscheidung, ob der Erbe Gesellschafter werden soll, oder nicht, von Ereignissen abhängig gemacht wird, deren Eintritt oder Nichteintritt sich erst in der Zukunft entscheidet. Denn ob ein Recht oder ein Komplex von Rechten und Pflichten vererblich ist oder nicht,

[1] Vergl. § 138 HGB.
[2] E.R.G. Bd. 98/282.
[3] Wolff, Sachenrecht 6. Bearb. S. 101 Anm. 13.
[4] Endemann a. a. O. S. 24.
[5] Viezens a. a. O. S. 118.
[6] Staub zu § 139 Anm. 1.
[7] Lehmann—Ring zu § 139 S. 436.
[8] Sames S. 36.

muss im Zeitpunkt des Erbfalls feststehen. Weiter kommt hinzu, dass die Bestimmungen des § 139 Abs. 1—4, wozu auch der erwähnte Grundsatz gehört, durch den Ges.Vertrag nicht ausgeschlossen werden können, da sie zwingendes Recht enthalten.[1] Es würde fernerhin bis zum Eintritt der Bedingung ein Schwebezustand entstehen, der sowohl für den Erben, als auch für die Gesellschafter und die Ges.Gläubiger eine schwerwiegende Unsicherheit aller Verhältnisse, besonders auch in der Haftung verursachen würde[2]. Endlich lässt auch das Gesetz, wie Sames erwähnt, die Absicht erkennen, klare Verhältnisse zu schaffen, in dem im § 139 Abs. 3 die den Erben zustehenden Befugnisse an kurze Ausschlussfristen geknüpft sind.

Danach können im Rahmen des § 139 nur solche Bedingungen für gültig erachtet werden, die vor dem Erbfall eingetreten oder ausgefallen sind. Alle anderen sind, als mit dem Gesetze unvereinbar, für nichtig zu halten. Diese Beschränkung ist aber dann nicht erforderlich, wenn dem Erben nur das Recht zustehen soll, Gesellschafter zu werden; denn bei dieser Rechtslage steht er der Gesellschaft zunächst nur als Dritter mit dem Recht auf Aufnahme gegenüber. Damit fallen die oben bezeichneten Bedenken weg und sonach ist eine Vertragsabrede betr. ein dem Erben nur bedingt zu gewährendes Eintrittsrecht für zulässig zu halten.

Die Forts.Klausel ist nicht selten dahingehend gefasst, dass einem oder allen überlebenden Mitgliedern durch Beschlussfassung das Recht zustehen soll, zu entscheiden, ob die Gesellschaft mit der ohne Erben fortgeführt werde.[3][4][5][6][7][8] Eine überwiegende Meinung nimmt hier ohne weiteres eine bedingt gefasste Forts.Klausel an, so dass nach ihrer Ansicht mit Zugang der einseitigen Willenserklärung des betr. Gesellschafters oder nach Zugang des Beschlusses mehrerer Gesellschafter an den Erben die Rechtswirkungen des § 139 eintreten sollen.

Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden. Selbst wenn man das Bestimmungsrecht eines oder mehrerer überlebender Mitglieder als eine bedingte Forts.Klausel im Sinne des § 139 ansehen will, so müsste nach den oben gemachten Ausführungen spätestens beim Tode des Erblassers feststehen, ob die Gesellschaft fortgesetzt werden soll oder nicht. Gegen die gegenteiligen Meinungen spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes, aus dem klar hervorgeht, dass eine Forts.Vereinbarung, wenn sie die Wirkung des § 139 haben soll, vor dem Eintritt des Erbfalls getroffen sein muss. Andernfalls

---

[1] Vergl. § 139 Abs. 5 HGB.
[2] Staub zu § 139 Anm. 23.
[3] E.R.G. Bd. 80 S. 176.
[4] R.G. in J.W. 1912 S. 475.
[5] R.G. in Holdheim 1905 S. 163.
[6] Bay. Ob.L.G. im „Recht" 1912 Nr. 1232.
[7] Staub zu § 139 Anm. 1.
[8] Lehmann—Ring S. 436.

wird die Gesellschaft nach § 139 Z. 4 aufgelöst oder evtl. unter den überlebenden Gesellschaftern nach § 138 fortgesetzt. Es ist aber auch kaum denkbar, dass ein Erbe noch nach langen Zeiträumen durch einseitige Willenserklärung auch gegen seinen Willen zum Gesellschafter im Sinne des § 139 gemacht werden kann. Daneben treffen auch die oben S. 54 geltend gemachten Bedenken zu.

Eine Forts.Klausel dergestalt, dass ein überlebendes Mitglied noch nach dem Erbfall über die Fortsetzung der Gesellschaft mit oder ohne Erben entscheiden soll, ist zwar gültig, fällt aber nicht in den Wirkungskreis des § 139. Der Parteiwille ist in solchen Fällen durch Auslegung der Forts.Klausel zu ermitteln. Regelmässig wird die Gesellschaft zunächst im Sinne des § 138 unter den überlebenden Mitgliedern fortbestehen sollen, wobei dann der Erbe die im Kapitel 2 bezeichnete Rechtsstellung hat. Er kann nur durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers (Auflage) zum Eintritt in die Gesellschaft verpflichtet werden, wobei es dann einem überlebenden Mitglied überlassen sein kann zu bestimmen, ob der Erbe in die Gesellschaft aufgenommen werden soll oder nicht. Im ersteren Fall ist dann der Erbe zum Eintritt verpflichtet.

Aus dem Wortlaut des § 139 ist weiterhin zu entnehmen, dass die Forts.Klausel Vorsorge treffen kann für den Tod eines oder mehrerer bestimmter, oder aller Gesellschafter.[1] [2] Desgleichen ist die Bestimmung für zulässig zu erachten, dass alle Erben, oder nur ein bestimmter Teil,, z. B. die gesetzlichen, oder die testamentarischen, oder nur ein Erbe von der Forts.Klausel betroffen sein sollen.[3] [4]

Für das Recht des Art. 123 Nr. 2 A.D.HGB. war es bestritten, ob in der Forts.Klausel bestimmte Personen als die Erben bezeichnet sein mussten, oder ob nur die Fortsetzung mit den Erben schlechthin angeordnet werden konnte, wobei dann dem Erblasser die namentliche Benennung der Erben im Testament oder Erbvertrag vorbehalten blieb. Brinckmann[5] vertrat den Standpunkt, dass der Ges.Vertrag nach deutschem Gewohnheitsrecht die Erben eines verstorbenen Gesellschafters berechtigen könne, die Gesellschaft fortzusetzen, wenn sie namentlich in demselben benannt sind. Diese Ansicht sucht offenbar den Uebergang vom römisch-rechtlichen Verbot der Fortsetzung zu der entgegenstehenden deutsch-rechtlichen Anschauung zu mildern und stellt eine Kompromisslösung dar. Hahn[6] dagegen führt aus, dass die Forts.Klausel sich auf die Erben in abstracto beziehen oder unter der Bedingung abgeschlossen sein kann, dass eine bestimmte Person Erbe werde.

---

[1] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 1.
[2] E.R.G. Bd. 16/58.
[3] Hamm O.L.G. Bd. 36/270.
[4] Lehmann—Ring zu § 139 Anm. 1.
[5] Brinckmann Lehrb. d. Handelsr. 1853 S. 185.
[6] Hahn zu Art. 123 Nr. 2, § 4.

Auch für das geltende Recht ist wohl mit Lehmann-Ring[1] der von Hahn vertretenen Ansicht beizutreten. Aus dem Wortlaut des Gesetzes, das von den Erben schlechthin spricht, ist zunächst eine gegenteilige Auffassung nicht zu entnehmen. Aber auch sachlich ist eine Beschränkung im Sinne Brinckmanns auf die in der Forts.-Klausel benannten Erben nicht erforderlich. Im Ges.Verhältnis, das auf gegenseitigem Vertrauen beruht, müssen sich die Mitglieder darauf verlassen können, dass der Erblasser nur geeignete Personen als Nachfolger und Erben bestimmt. Aber selbst wenn dieses Vertrauen fehlen sollte, ist es allen Mitgliedern vorbehalten, der Verabredung einer Forts.Klausel nur dann zuzustimmen, wenn darin bestimmte vertrauenswürdige Personen als zukünftige Erben und Gesellschafter benannt sind. Man wird daher die folgende Ansicht vertreten müssen: die Forts.Klausel kann die Fortsetzung der Gesellschaft mit bestimmten Personen als den gesetzlichen oder letztwillig einzusetzenden Erben in Aussicht nehmen. Es genügt, wenn diese Personen benannt sind. Sie brauchen nicht als Erben bezeichnet zu sein.[2] In diesem Falle geht der Wille der Kontrahenten offenbar dahin, dass nur diese Personen Gesellschafter werden sollen, falls sie Erben werden und nicht die Erben schlechthin. Werden dann diese vorgesehenen Personen nicht eingesetzt oder enterbt, so wird die Gesellschaft ohne Erben nach § 138 fortgesetzt, da in der Forts.-Vereinbarung im Sinne des § 139 meist ausdrücklich oder stillschweigend eine solche nach § 138 enthalten sein wird. Keinesfalls ist aber eine Bindung des Erblassers zulässig, wonach er verpflichtet ist, bestimmte als seine Nachfolger vorgesehene Personen als Erben einzusetzen, da ein solcher Vertrag nichtig ist.[3] Es ist aber auch zulässig, die Erben eines Mitglieds schlechthin als Nachfolger in die Forts.Klausel aufzunehmen, als diejenigen Personen, die kraft Gesetzes oder letztwilliger Verfügung Gesamtnachfolger des Erblassers sein werden. In diesem Fall hat es der betroffene Gesellschafter in der Hand, durch letztwillige Verfügung diese oder jene Person als Erben einzusetzen und sie damit zum Gesellschafter zu machen. Den überlebenden Gesellschaftern bleibt dann nur noch der Rechtsbehelf des § 133 HGB.

Schlägt der Erbe aus, so tritt der nächste Anfallberechtigte in die Gesellschaft ein und hat die Rechte aus § 139. Verzichtet auch dieser auf die Erbschaft usw., so kann der Fiskus zuletzt noch Gesellschafter werden.[4 5 6]

Eine Forts.Klausel im Sinne des § 139 liegt nur dann vor, wenn die Gesellschaft mit den E r b e n eines Mitglieds fortgesetzt werden soll. An den Begriff des Erben, der den § 1922 ff. BGB. zu entneh-

---

[1] Lehmann—Ring zu § 139 Anm. 1.
[2] Hamm O.L.G. Bd. 36/270.
[3] Vergl. § 2302 BGB.
[4] Vergl. §§ 1936/1942 BGB.
[5] Viezens a. a. O. S. 133.
[6] Sames S. 26.

men ist, knüpfen sich nun eine Reihe von Streitfragen, die, soweit sie in die Aufgabe hereinspielen, im Zusammenhang erwähnt werden sollen. Der Erbe ist Gesamtrechtsnachfolger in das Vermögen eines Verstorbenen. Für die Anwendung des § 139 ist es gleichgültig, ob die Erbfolge auf Gesetz oder letztwilliger Verfügung beruht, oder ob der Erbe nur Ersatzerbe ist. Der Vermächtnisnehmer, der Pflichtteilsberechtigte und sonstige Dritte, die nicht von Todeswegen Rechtsnachfolger sind,[1] sind keine Erben und können daher im Rahmen des § 139 zur Fortsetzung der Gesellschaft nicht berufen werden. Eine Forts.Vereinbarung, die sich auf solche Personen bezieht, ist als pactum de ineunda societate zu Gunsten Dritter anzusehen ,durch welches die überlebenden Mitglieder obligatorisch zur Aufnahme dieser Personen verpflichtet werden.[2] Ist ein Pflichtteilsberechtigter dagegen auf den Pflichtteil gesetzt, was im Zweifel nicht zu vermuten ist[3], so ist er Erbe und fällt in den Geltungsbereich des § 139. Für den Fall des § 2306 BGB., dass der Pflichtteilsberechtigte mit Beschränkungen oder Beschwerungen belastet ist, vergl. die Ausführungen S. 47/48 ff.

Zu Zweifeln Anlass gibt die Frage, ab auch der Nacherbe Erbe im Sinne des § 139 sein kann. Es sind dabei folgende Arten von Forts.Vereinbarungen denkbar:

1. der Vorerbe allein soll die Gesellschaft fortsetzen,
2. der Vorerbe und nach ihm der Nacherbe, also beide, sollen die Gesellschaft fortsetzen,
3. der Nacherbe allein soll die Gesellschaft fortsetzen.

Der Nacherbe ist Rechtsnachfolger des Erblassers, nicht des Vorerben und hat daher der gesetzlichen Konstruktion nach beim Eintritt der Nacherbfolge dieselbe Rechtsstellung wie der Vorerbe beim Erbfall.[4] Vor Eintritt der Nacherbfolge hat der Nacherbe nur ein erbrechtliches Wartrecht. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass ganz allgemein wie beim Erbfall so auch beim Nacherbfall eine Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben i. S. des § 139 stattfinden könne. Es ist indessen wie folgt zu unterscheiden: Bezieht sich die Forts.Klausel nur auf den Vorerben, so hat dieser die Rechte aus § 139. Beim Eintritt der Nacherbfolge erwächst dem Nacherben nur ein Anspruch auf die Abfindungssumme oder das Auseinandersetzungsguthaben, wenn der Vorerbe Gesellschafter oder Kommandist geblieben ist. Lebt der Vorerbe z. Zt. des Nacherbfalls noch, so richtet sich die Forderung gegen den Vorerben. Fällt aber der Regel entsprechend sein Tod mit der Nacherbfolge zusammen, so richtet sich der Anspruch gegen die Gesellschaft. Ist der Vorerbe schon vor dem Nacherbfall aus der Gesellschaft aus-

[1] Vergl. § 331 BGB.
[2] Vergl. die Ausführungen S. 52 ff.
[3] Vergl. § 2304 BGB.
[4] Vergl. § 2100 BGB.

geschieden und abgefunden worden, dann tritt der Nacherbe zur Gesellschaft überhaupt in keine Beziehung.

Sind in der Forts.Klausel sowohl der Vorerbe als auch der Nacherbe zur Fortsetzung berufen, so ist beim Erbfall zunächst wiederum der Vorerbe Gesellschafter geworden mit den Rechten aus § 139. Zweifelhaft ist nun, ob der Nacherbe an die vom Vorerben durch Geltendmachung seiner Rechte aus § 139 getroffenen Verfügungen gebunden ist, ob er also wie der Vorerbe auch Gesellschafter oder Kommanditist wird oder überhaupt nicht Gesellschafter wird, weil schon der Vorerbe ausgeschieden ist, oder ob ihm beim Nacherbfall selbständig die Rechte aus § 139 erwachsen.

Vorweg zu nehmen ist, dass jeder Nacherbe die Erbschaft ausschlagen kann.[1] Die Frage ist wohl mit Staub[2] dahin zu entscheiden, dass der Nacherbe die Rechte aus § 139 nicht erwirbt, sondern die Rechtsstellung des Vorerben in der Gesellschaft als Gesellschafter oder Kommanditist oder sein Ausscheiden aus der Gesellschaft gegen sich gelten lassen muss.[3] Die Begründung lässt sich aus dem Rechtsgedanken des § 2112 BGB. entnehmen, worin dem Vorerben ein nur durch die §§ 2113/2115 beschränktes Verfügungsrecht über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände eingeräumt ist. Da diese Beschränkungen den § 139 nicht mitumfassen, so kann der Vorerbe mit Wirkung gegen den Nacherben seine Rechte aus § 139 geltend machen, ohne dass dadurch freilich seine Pflicht zur ordnungsmässigen Verwaltung i. S. des § 2130 BGB. berührt wird.[4]

Ist endlich in der Forts.Klausel nur der Nacherbe zur Fortsetzung berufen, so fällt diese Art der Fortsetzung ausserhalb des Geltungsbereiches des § 139. Die Klausel gibt dann, was durch Auslegung zu ermitteln ist, den Nacherben oder den Gesellschaftern nur obligatorische Rechte und Pflichten auf Aufnahme bezw. Eintritt. Die Gründe dieser Auffassung sind dieselben wie die auf Seite 55 ff. gegen die Zulässigkeit von Bedingungen angeführten, deren Eintritt oder Ausfall sich erst nach dem Erbfall entscheidet. Die andere Ansicht[5] widerspricht dem Grundgedanken des § 139, wonach durch die Fortsetzung das Kapital ungeschmälert der Gesellschaft erhalten bleiben soll, zumal die Nacherbfolge oft erst nach Jahren eintritt und in der Zwischenzeit der Vorerbe den Anteil des Erblassers aus der Gesellschaft zurückgezogen hat. Mit Recht weist auch Lehmann-Ring[6] darauf hin, dass nach jahrelanger Unterbrechung von einer Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Nacherben kaum mehr gesprochen werden könne.

In der Literatur besprochen und wohl mit Recht verneint ist die Frage, ob die Forts.Klausel auch dahin ausgedehnt werden kann,

---

[1] vergl. § 2142 BGB.
[2] Staub zu § 139 Anm. 4.
[3] Sames S. 30.
[4] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 23.
[5] Sames S. 28.
[6] Lehmann—Ring zu § 139 S. 436.

dass nicht nur die Erben, sondern nach deren Tod auch die Erbeserben zur Fortsetzung der Gesellschaft berufen sein sollen.[1] [2] [3] Zu solcher Ausdehnung ist kein Bedürfnis und keine gesetzliche Grundlage vorhanden.

Zweifelhaft und bestritten ist die Frage der Anwendung des § 139, wenn sich der Erbe beim Erwerb der Erbschaft im Konkurs befindet. Das Gesetz trifft darüber keine nähere Regelung, lässt jedoch an mehreren Stellen den Gedanken erkennen, dass eine Gesellschaft nicht bestehen könne, wenn über das Vermögen eines ihrer Mitglieder der Konkurs eröffnet sei. So löst z. B. nach § 131 Ziffer 5 HGB. regelmässig der Konkurs die Gesellschaft auf, wenn nicht im Ges.Vertrag der Fortbestand unter den übrigen Mitgliedern vereinbart war.[4] Wenn aber nach dem Willen des Gesetzes ein in Konkurs befindlicher Gesellschafter aus einer Gesellschaft ausscheiden muss, dann ergibt sich daraus von selbst, dass auch der Eintritt im Rahmen des § 139 kraft Gesetzes ausgeschlossen sein soll. Dieser Grundsatz muss auch dann bestehen, wenn die Fort.Klausel bestimmt, dass auch im Falle des Konkurses des Erben die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt werden solle.[5] [6] [7]

Der Auseinandersetzungs- bezw. Abfindungsanspruch des Erben und Gemeinschuldners wird mit dem Erwerbe der Erbschaft Bestandteil der Konkursmasse und unterliegt der Verfügung des Konkursverwalters.

Im § 139 ist nicht vorausgesetzt, dass der Erbe zum Eintritt in die Gesellschaft bestimmte Eigenschaften haben müsse, z. B. Volljährigkeit, kaufmännische Vorbildung. Es kann daher auch ein Minderjähriger oder Geisteskranker oder ein Entmündigter Gesellschafter werden mit der der Massgabe, dass der jeweilige gesetzliche Vertreter entsprechend den Vorschriften des BGB. seine Rechte als Gesellschafter für ihn wahrnimmt.[8] [9] Es ist jedoch den Gesellschaftern vorbehalten, Vereinbarungen dahin zu treffen, dass der Erbe nur unter bestimmten Voraussetzungen Gesellschafter werden solle, z. B. nur bei Volljährigkeit oder kaufmännischer Vorbildung. Erfüllt solchenfalls der Erbe die Voraussetzungen nicht, dann ist er nicht Gesellschafter geworden.

---

[1] Viezens a. a. O. S. 116 ff.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 1.
[3] Sames S. 32.
[4] vergl. die §§ 138, 141 Abs. 2; 142 Abs. 2 HGB.
[5] Staub zu § 139 Anm. 5.
[6] Sames S. 35.
[7] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 7.
[8] Staub zu § 139 Anm. 5.
[9] Sames S. 33.

C.

Die Erbenstellung beim Erbschaftsanfall.

Sind die im Vorstehenden dargelegten Voraussetzungen des § 139 gegeben, dann wird der Erbe im Augenblick des Erbfalls Mitglied der OHG. Es greift hier die bekannte Streitfrage des Erbrechts ein, ob der Erbe schon beim Tode des Erblassers oder erst mit dem Verlust des Ausschlagungsrechts, sei es durch Annahme oder Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. die Erbschaft erwirbt.[1][2][3][4][5] Die herrschende Meinung, die wohl zu billigen ist, nimmt an, dass der Erbschaftserwerb sich im Augenblick des Erbfalls gemäss § 1922 BGB. vollzieht, das Gesetz aber mit Rücksicht auf das dem Erben nach § 1942 zustehende Ausschlagungsrecht in den §§ 1958 ff. BGB. den Eintritt der rechtlichen Folgen eines endgültigen Erwerbs teilweise ausschliesst und dem Nachlass dadurch, solange der Erbe noch ausschlagungsberechtigt ist, eine gewisse Sonderstellung innerhalb des Vermögens des Erben verleiht. Auch die Rechtsstellung des Erben während dieser Schwebezeit ist im Gesetz nicht systematisch behandelt. Es sind vielmehr in den §§ 1958 ff. nur einige Einzelvorschriften aufgestellt, die ein lückenhaftes Bild ergeben, wie im folgenden näher ausgeführt werden soll: Der Erbe ist vor Annahme der Erbschaft nicht verpflichtet, für den Nachlass zu sorgen, wozu er auch oft, z. B. bei Abwesenheit, gar nicht im Stande wäre. Namentlich trifft den Erben nicht eine Verpflichtung i. S. des § 137 HGB., da diese Vorschriften nur für den Fall der Auflösung der Gesellschaft vorgesehen sind. Im Falle des § 139 können die übrigen Gesellschafter zunächst die Geschäfte des Erblassers besorgen. Besorgt der Erbe freiwillig erbschaftliche Geschäfte, dann ist er auftragsloser Geschäftsführer für den endgültigen Erben, mag er dies nun selbst sein oder ein später Berufener.[6] Dieser Grundsatz gilt auch für die Geschäfte der OHG. Der Erbe hat aber den überlebenden Mitgliedern gegenüber kein Recht zur Vornahme irgendwelcher Ges.Geschäfte. Denn selbst im Fall des § 137 HGB. hat er das einstweilige Fürsorgerecht nur bei Gefahr im Verzuge und solange die überlebenden Mitglieder nicht selbst Vorsorge treffen können.

Wichtig ist indessen in dieser Beziehung die Frage der pro herede gestio. Der Umfang der erbschaftlichen Geschäfte, die der Erbe vornehmen kann ohne sein Ausschlagungsrecht zu verlieren, ist vom Gesetzgeber absichtlich nicht bestimmt worden.[7] Ob in

---

[1] vergl. §§ 1942/1943.
[2] Planck zu § 1922 Nr. 3.
[3] Staudinger zu § 1942 II.
[4] Binder, Erbrecht Teil I S. 72 ff.
[5] Endemann a. a. O. S. 13.
[6] vergl. § 1959 Abs. 1 BGB.
[7] vergl. Motive V zum BGB. S. 495—497.

einer Handlung im Einzelfall eine pro herede gestio zu erblicken ist oder nicht, ist dem freien richterlichen Ermessen überlassen. Dieser Grundsatz ist auch für die in §§ 1959 Abs. 2 und 3 bezeichneten Geschäfte massgebend. Macht der Erbe die in § 139 HGB. benannten Rechte geltend, so wird darin regelmässig die Annahme der Erbschaft zu erblicken sein, da diese Rechte ihrer Natur nach nur einem endgültigen Erben zustehen können.[1] [2] [3]

Bedeutsam ist die Frage, ob die Ges.Gläubiger vor Annahme der Erbschaft hier Forderungen gerichtlich gegen den Erben geltend machen können. Das ist im Hinblick auf § 1958 BGB. zu verneinen. Der Erbe haftet zwar für die Ges.Schulden wie für Nachlassverbindlichkeiten; aber solange die Ausschlagungsfrist noch läuft, darf der Erbe die Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten verweigern ohne in Leistungsverzug zu geraten.[4] Die Ges.Gläubiger sind genötigt, die Bestellung eines Nachlasspflegers zu beantragen und gegen diesen gerichtlich vorzugehen. Auch wenn ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, können die Gläubiger direkt gegen diesen vorgehen.[5]

Das Ausscheiden des Erblassers aus der Gesellschaft muss von allen überlebenden Mitgliedern und den Erben zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.[6] Die Mitwirkung der Erben kann unterbleiben, wenn diese aus besonderen Gründen, z. B. infolge Abwesenheit, verhindert sind.

Zweifelhaft und bestritten ist nun die Frage, ob der Erbe während des Laufs der Ausschlagungsfrist ins Handelsregister eingetragen werden muss. Die überwiegende Meinung, der zu folgen ist, geht dahin, dass der Erbe nicht eingetragen zu werden braucht. jedoch eingetragen werden kann, wobei dann ein entsprechender Vermerk auf den Schwebezustand hinzuweisen hat.[7] [8] [9] [10] In der fehlenden Eintragung des Erben liegt keine Gefahr für einen gutgläubigen Dritten. Denn daraus, dass das Ausscheiden des Erblassers, nicht auch die Auflösung der Gesellschaft eingetragen ist, ersieht er, und darf nach § 15 HGB. darauf vertrauen, dass die Gesellschaft mit den überlebenden Mitgliedern fortbesteht. Ueber die evtl. Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben bleibt er allerdings im Unklaren; doch entspricht dies auch der bestehenden Rechtslage, die bis zur endgültigen Annahme der Erbschaft in der Schwebe ist. Würde dagegen der Erbe schon vor Annahme der Erbschaft als Gesellschafter eingetragen, und würde ein Dritter auf

---

[1] Staub zu § 139 Anm. 4.
[2] Sames S. 26.
[3] Lehmann—Ring S. 437 Nr. 3.
[4] E.R.G. Bd. 79/203.
[5] vergl. §§ 1960 Abs. 3; 2213 Abs. 2 BGB.; 778 Abs. 1 ZPO.
[6] vergl. § 143 Abs. 2 HGB.
[7] Staub zu § 139 Anm. 26.
[8] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 12.
[9] Sames S. 39.
[10] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 32.

Grund dieser Eintragung mit der Gesellschaft Geschäfte abschliessen, (z. B. weil der Erbe kreditfähig ist) dann könnte er bei späterer Ausschlagung des eingetragen gewesenen Erben grossen Schaden erleiden. Erforderlich ist die sofortige Eintragung des Erben mit einem entsprechenden Zusatz dann, wenn nach Ausscheiden des Erblassers nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist. Denn ohne diesen Eintrag wäre nicht ersichtlich, ob die Gesellschaft aufgelöst ist oder nicht. Nach Ausschlagung seitens des Erben muss dann dieser Eintrag wieder gelöscht werden.

Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, dann ist er nach gesetzlicher Fiktion nie Erbe und Gesellschafter gewesen, da die Ausschlagung rückwirkende Kraft hat.[1] Hat er erbschaftliche Geschäfte besorgt, dann ist er dem nächstberufenen Erben gegenüber wie ein auftragsloser Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet.[2] Den überlebenden Gesellschaftern gegenüber wird eine Haftung nach § 708 BGB. angenommen werden müssen, da der Erbe, wenn auch nur zeitweilig, Gesellschafter gewesen ist.[3] Infolge der Ausschlagung wird der nächstberufene Erbe Gesellschafter, wenn nicht die Forts.-Klausel sich nur auf den ausschlagenden Erben beziehen sollte. Sind nach der Forts.Klausel mehrere Erben zur Fortsetzung berufen, dann können sie teils ausschlagen, teils annehmen.[4]

D.

Der Erbe als offener Handelsgesellschafter.

Nimmt der Erbe die Erbschaft an, sei es durch ausdrückliche Erklärung oder durch pro herede gestio oder infolge Ablaufs der Ausschlagungsfrist, dann hat er nach § 139 HGB. zunächst die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters. Diese Stellung kann nun je nach dem Willen des Erben nur eine vorübergehende sein oder eine endgültige bleiben. Es besteht insofern innerhalb der im § 139 Abs. 3 HGB. bezeichneten Frist ein Schwebezustand. Will der Erbe Gesellschafter bleiben, dann kann er entweder an die überlebenden Gesellschafter eine dahingehende Erklärung abgeben, oder aber die dreimonatliche Ausschlussfrist untätig verstreichen lassen. Mit Zugang dieser empfangsbedürftigen Willenserklärung oder Ablauf der Frist ist der Schwebezustand beendet und der Erbe endgültig offener Handelsgesellschafter geworden. Will er aber ein solcher nicht bleiben, dann steht ihm innerhalb der bezeichneten Frist ein eigentümliches Doppelrecht zur Verfügung: 1. er kann den übrigen Gesellschaftern anbieten mit seiner ererbten Einlage Kommanditist zu werden. Dieses Angebot ist eine empfangsbedürftige Wil-

---

[1] vergl. §§ 1944 ff.; 1953 BGB.
[2] vergl. § 1959 Abs. 1 BGB.
[3] vergl. §§ 1922 BGB. i. V. m. 139 HGB.
[4] vergl. § 1922 Abs. 2 BGB.

lenserklärung, ist formlos wirksam und wie sich aus dem Wortlaut des § 139 Abs. 2 ergibt, an sämtliche Gesellschafter zu richten. Die Antwortpflicht der Gesellschafter bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB., wobei man den Zeitraum innerhalb dessen der Erbe nach § 147 Abs. 2 BGB. den Eingang der Antwort erwarten darf, nicht zu kurz wird bemessen dürfen, da die Gesellschafter nur eine einheitliche Antwort geben können und dazu Beschlussfassung notwendig ist. Der Widerspruch auch nur eines einzigen Gesellschafters würde die Annahme unmöglich machen.

Ein Recht auf Einräumung der Kommanditistenstellung hat der Erbe nicht; die Gesellschafter können seinen Antrag nach Belieben annehmen oder ablehnen. Nehmen sie das Anerbieten an, dann ist der Erbe kraft dieses Vertrags Kommanditist geworden; lehnen sie es ab, gleichviel aus welchen Gründen, dann hat der Erbe ein Wahlrecht, entweder offener Handelsgesellschafter zu bleiben oder einseitig aus der Gesellschaft auszuscheiden. Auch die Ausscheidungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang an alle Gesellschafter i. S. des § 130 BGB. wirksam wird und nur innerhalb der im § 139 Abs. 2 bezeichneten Frist wirksam abgegeben werden kann. Das Austrittsrecht steht dem Erben nicht von vornherein zu, sondern erwächst ihm erst, wenn ein von ihm gestellter Kommanditistenantrag abgelehnt worden ist. Die übrigen Gesellschafter ihrerseits haben ausser der Entscheidung über den Kommanditistenantrag auf die Entschliessung des Erben keinen rechtlichen Einfluss. Sie können ihn nicht zwingen, offener Handelsgesellschafter zu bleiben, oder Kommanditist zu werden oder endlich aus der Gesellschaft auszuscheiden.

An dieser Stelle ist nun die überaus wichtige und teilweise bestrittene Frage zu behandeln, welche Rechtsstellung eine Mehrheit von Erben, eine Erbengemeinschaft innerhalb der Gesellschaft einnimmt. Für das Recht des ADHGB. standen sich zwei Auffassungen gegenüber: Die eine, die Puchelt[1] vertritt, geht dahin: „Den übrigen Gesellschaftern stehen die Erben als eine Art von Einheit gegenüber, auf welche die Rechte und sofern nicht der Vertrag es anders bestimmt, auch die Pflichten ihres Erblassers übergegangen sind, weshalb sie auch die demselben obgelegene Geschäftsführung und Vertretung zu besorgen haben. Aber dies wie ihre Rechte können sie nicht als Einzelne ausüben, sondern nur durch den Gesamtwillen, ähnlich wie wenn eine Korporation Gesellschafter wird, mithin durch einen Repräsentanten."

Gegen diese Konstruktion nimmt nun das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 16 S. 556 ff. Stellung und erklärt sie deshalb für unrichtig, weil eine O.H.G. nach den Vorschriften des A.D. HGB., insbesondere den Art. 85 und 112 nur so bestehen könne, dass jede Person, welche Gesellschafter ist, für alle Verbindlich-

[1] Puchelt Kommentar zu ADHGB. zu Art. 123 Z. 2.

keiten solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen hafte. Die Bedenken, dass diese Vollhaftung der Erben dann gegen die Grundsätze des Erbrechts verstossen, wenn die Erben Benefizialerben geworden seien, räumt das Urteil mit dem Satz aus dem Weg, dass die Grundsätze des Benefizialerbrechts auf diesen Fall nicht passen und daher unanwendbar seien. Die Gründe dafür werden dann entsprechend der Gesetzestheorie des Reichsgericht näher dargelegt. Daher trete also nicht die Erbengemeinschaft als solche, sondern jeder Erbe einzeln als Gesellschafter an die Stelle des Erblassers. Auch Viezens[1] und Staub[2] bekämpfen die Ansicht Puchelts, ersterer mit der zutreffenden Bemerkung, dass auch nach dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge jeder Erbe theoretisch in die gesamte Rechtsstellung des Erblassers eintrete und in dieser Stellung nur durch die Konkurrenz der Miterben beschränkt werde.

Im wesentlichen aus denselben erwähnten Gründen wird auch für das geltende Recht in der Rechtslehre und Rechtsprechung nahezu einstimmig die Ansicht vertreten, dass jeder einzelne Miterbe offener Handelsgesellschafter wird.[3 4 5 6 7 8 9] Anderer Ansicht ist allein Markus.[10]

Jeder Miterbe ist sonach selbständiger Geesllschafter und vereinigt in seiner Person alle Rechte und Pflichten eines solchen; er haftet insbesondere für alle Gesellschaftsschulden mit seinem ganzen Vermögen. Der Ges.Anteil jedes Miterben ist bestimmt durch die Erbquote am Ges.Anteil des Erblassers. Dasselbe gilt für den Gewinnanteil. Ob dem einzelnen Miterben Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zusteht, richtet sich nach den Vereinbarungen der Forts.Klausel.[11] Auch die Rechte aus § 139 hat jeder Miterbe selbständig und ist in deren Ausübung von dem Verhalten seiner Miterben völlig unabhängig. Das ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des § 139 Abs. 1 und 2, worin es heisst, dass „jeder Erbe" die dort bezeichneten Rechte haben soll. So ist es möglich, dass von drei Miterben der eine Gesellschafter bleibt, der andere Kommanditist wird und der dritte aus der Gesellschaft ausscheidet. Denn die übrigen Gesellschafter können nach Belieben den Kommanditisten-Antrag des einen Erben annehmen, den eines anderen ausschlagen. Auch der Ablauf der dreimonatlichen Frist des Abs. 3 des § 139 bestimmt sich für jeden Miterben besonders.

---

[1] Viezens a. a. O. S. 143.
[2] Staub zu Art. 123 Nr. 2, § 6.
[3] Staub zu § 139 Anm. 14.
[4] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 15.
[5] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 2.
[6] Sames S. 46.
[7] R.G. im „Recht" 1917 Nr. 457.
[8] K.G.J. Bd. 37 A/145 und 109.
[9] Dresden O.L.G. Bd. 34/342.
[10] Markus in Holdheims Monatsschrift Jg. 19 S. 88.
[11] Vergl. die Ausführungen S. 44 ff.

Hier greift nun die Streitfrage ein, ob von einzelnen Miterben die Rechte des § 139 Abs. 1 auch ausgeübt werden können, solange der Nachlass noch ungeteilt ist. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber. Die eine, von Staub,[1] Lehmann-Ring[2] und Sames[3] vertretene, geht davon aus, dass nach Erbrechtsgrundsätzen der ungeteilte Nachlass einer Gesamthand, der Erbengemeinschaft zustehe, und dass daher nach § 2033 Abs. 2 BGB. ein Miterbe über einzelne Teile der Erbschaft nicht verfügen könne. Da aber die Ausübung der Rechte aus dem § 139 als Verfügungen i. S. des § 2033 Abs. 2 anzusehen seien, sei es erforderlich, dass vor der Geltendmachung dieser Rechte die Auseinandersetzung unter den Miterben stattfinde, da sonst die Verfügungen ungültig seien. Eine zweite Auffassung[4 5 6 7] erklärt den § 139 im Verhältnis zu § 2033 BGB. für eine lex specialis und nimmt an, dass diese erbrechtlichen Grundsätze auf den Tatbestand des § 139 unanwendbar seien. Das gelte gleichermassen für die Haftung des Erbengesellschafters.

Die letztere Ansicht wird wohl zu billigen sein. Schon aus praktischen Gründen wird man kaum verlangen können, dass der Geltendmachung der Rechte aus § 139 HGB. eine Auseinandersetzung der Erben vorauszugehen habe. Denn die Ausübung der Rechte ist an eine kurze dreimonatliche Ausschlussfrist geknüpft. Dieser Zeitraum wird aber häufig für die Auseinandersetzung nicht ausreichen, namentlich für einen weit verzweigten Nachlass oder für den Fall, dass ein Miterbe sich im Ausland aufhält oder dass das Nachlassgericht die Teilung vornimmt, oder regelmässig, wenn ein Rechtsstreit unter den Miterben anhängig ist. In solchen Fällen wäre nach der abzulehnenden Ansicht für die Miterben eine Ausübung ihrer Rechte aus § 139 sehr gefährdet, wenn nicht ausgeschlossen. Das kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein. Auch theoretische Gründe sprechen dafür, dass jeder Miterbe schon vor der Auseinanderestzung seine Rechte aus § 139 geltend machen kann. Denn der Erblasser kann z. B. nach § 2044 BGB. durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung 30 Jahre lang ausschliessen und wäre danach bei Richtigkeit der abzulehnenden Theorie in der Lage, die Ausübung der Rechte den Erben unmöglich zu machen. Das gleiche gilt für die weiteren, im Gesetz genannten Fälle der §§ 2043/2045 BGB. Eine Lösung dieser Schwierigkeiten lässt sich zwanglos finden, wenn man davon ausgeht, dass die genannten Vorschriften über die Erbengemeinschaft für den Tatbestand des § 139 nicht passen und daher im Sinne des § 2 E.G.HGB. keine Anwendung finden können.

---

[1] Staub zu § 139 Anm. 7.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Anm. 8.
[3] Sames S. 46.
[4] Riesenfeld S. 240.
[5] Dür.—Hachb. zu § 139. Anm. 15 und 22.
[6] Makower zu § 139 Anm. III C.
[7] Pinkernelle S. 60.

Wie oben erwähnt, kann nach Annahme der Erbschaft die Rechtstellung des Erben eine dreifache sein:

1. er bleibt offener Handelsgesellschafter,
2. er wird Kommanditist,
3. er scheidet aus der Gesellschaft aus.

Ist der Erbe endgültig offener Handelsgesellschafter geworden, dann hat er alle Rechte und Pflichten eines solchen und finden auf seine Person die Vorschriften der §§ 109 ff. HGB. Anwendung. Die Höhe der Einlage und des Gewinnanteils bestimmen sich nach dem Inhalt der Forts.Klausel und nach Erbrecht. Bezüglich der Befugnis des Erben zur Geschäftsführung und Vertretung vergl. die Ausführungen S. 44 ff. Die wichtigste Folge der Gesellschaftserstellung ist aber die Haftung des Erben für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem ganzen Vermögen. Das gilt auch für die während des Schwebezustandes des § 139 Abs. 4 entstandenen Gesellschaftsschulden. Denn alle erbrechtlichen Mittel der Haftungsbeschränkung sind dem Erben, da er Gesellschafter geworden ist, nach § 139 i. V. m. 128 HGB. entzogen.[1] Dieser Standpunkt des geltenden Rechts lässt sich zweifelsfrei aus den Ausführungen der Denkschrift[2] entnehmen, wo diese unbeschränkbare Haftung des Erbengesellschafters als unbillige Härte bezeichnet wird. Die bezeichnete Art der Haftung wurde aber im Entwurf und jetzigen § 139 HGB. beibehalten, dem Erben jedoch die Rechte aus § 139 eingeräumt. Bezüglich solcher Schulden des Erblassers, die nicht Gesellschaftsschulden sind, verbleibt es dagegen bei den allgemeinen Haftungsvorschriften der §§ 1967, 1975 ff. BGB. Da der Erbe endgültig Gesellschafter geworden ist, muss er von allen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.[3] Diese Vorschriften gelten auch für den Tatbestand des § 139.[4]

E.

Der Erbe als Kommanditist.

Hat der Erbe den Kommand.Vertrag gestellt, und ist er von den übrigen Gesellschaftern angenommen worden, so verliert er seine Gesellschafterstellung und wird kraft dieses Vertrages Kommanditist. Dieser Umsand hat zur Folge, dass die O.H.G. in eine Kommand.Gesellschaft verwandelt wird, wobei jedoch die Identität der Gesellschaft gewahrt bleibt. Der Vorgang darf somit nicht wie unter der Herrschaft des A.D.HGB. gelegentlich, als Auf-

[1] Vergl. die Ausführungen S. 40 ff., die für das geltende Recht in gleicher Weise zutreffen.
[2] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs Berlin 1897 S. 106.
[3] Vergl. §§ 107/108 HGB.
[4] Bay. Ob.L.G. in der D.J.Z. 1920 S. 320.

lösung der O.H.G. und gleichzeitige Neubildung der Kommand.-Gesellschaft gedacht werden,[1] [2] sondern ist nur als eine Veränderung des rechtlichen Charakters ein und derselben Gesellschaft anzusehen.[3] [4] [5] [6] [7] [8]

Auf die Rechtstellung des Erben als Kommanditisten finden nun die §§ 163 ff. HGB. Anwendung. Der Erbe verliert namentlich das Recht und die Pflicht der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft und unterliegt nicht mehr dem Wettbewerbsverbot i. S. der §§ 112/113 i. V. m. §§ 164/165 HGB.

Zweifelhaft und bestritten ist die Frage, welcher Betrag als Kommanditeinlage des Erben zu gelten hat. Der Wortlaut des Gesetzes geht dahin, dass der auf den Erben fallende Teil der „Einlage" des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Zunächst ist zu bemerken, dass der Gesetzgeber in den Vorschriften über die O.H.G. (§§105—160) zwei Begriffe „Einlage" und „Kapitalanteil" und zwar in verschiedenem Sinne verwendet. Der Ausdruck „Einlage", der nur zweimal in den §§ 111 und 139 HGB. gebraucht wird, bedeutet im § 111 die nach den Bestimmungen des Ges.Vertrags bezifferte, von jedem Gesellschafter einmal zu zahlende Geldsumme, welche bei Sacheinlagen Anschlagsumme genannt wird. Ist die Einlage einmal bezahlt und hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, dann verliert sie ihr Wesen als Einlage zu Gunsten eines durch Zuschreibung von Gewinnanteilen oder Abschreibung von Verlusten beweglichen Kontos, wobei der Gesetzgeber den jeweiligen Aktivsaldo dieses Kontos als Kapitalanteil bezeichnet. Im Geschäftsleben der Gesellschaft ist es daher nicht mehr die „Einlage", sondern der „Kapitalanteil", von dem das Gesetz als Grundlage verschiedener Rechtsvorgänge ausgeht. Hierher gehören die Bestimmungen der §§ 121 Abs. 1, 122 Abs. 1 und Abs. 2, 155 Abs. 1, wonach die Berechnung des Gewinnanteils und die Geldentnahme aus der Gesellschaftskasse sich nach dem Kapitalanteil jedes Gesellschafters richtet oder wonach der Kapitalanteil nicht vermindert werden darf oder wonach endlich nach Beendigung der Liquidation die Verteilung des übrigbleibenden Vermögens nach dem Verhältnis der Kapitalanteile zu erfolgen hat.

Die einzige Ausnahme in dieser Beziehung bildet nun aber der § 139 Abs. 1, worin dem Wortlaut nach das Gesetz nicht den Kapitalanteil, sondern die ursprüngliche Einlage des Erblassers der Berechnung der Kommanditeinlage des Erben zugrunde legt. Die herrschende Meinung zieht daraus, hauptsächlich mit Rücksicht auf

---

[1] E.R.G. Bd. 32 47.
[2] Goldmann zu § 162 Z. 31.
[3] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs Berlin 1897 S. 121.
[4] Staub zu § 139 Anm. 17.
[5] Dür.—Hachb. zu § 161 Anm. 9.
[6] Lehmann—Ring zu § 162 Nr. 4, zu § 139 Nr. 7.
[7] E.R.G. Bd. 55/126
[8] K.G.J. Bd. 26 A/220; Bd. 27 B/36.

die technische Sprache des Gesetzes, in der die Begriffe „Einlage" und „Kapitalanteil" bewusst unterschieden werden, den Schluss, dass der Gesetzgeber im § 139 Abs. 1 offenbar die sonst nur zahlenmässig bedeutsame Einlage zur Berechnungsgrundlage gemacht habe.[1][2][3][4][5][6] Anderer Ansicht ist Dür.-Hachenburg[7] mit der Begründung, dass die herrschende Meinung dem Gesetzeszweck zuwider laufe und Staub in älteren Auflagen unter Annahme ungenauer Wortfassung.

Man wird der herrschenden Meinung insoweit folgen dürfen, als sie annimmt, dass der Begriff Einlage im Sinne des § 139 Abs. 1 nicht mit dem Begriff Kapitalanteil identifiziert werden darf und dass daher bei der Berechnung der Kommanditeinlage des Erben oder der Miterben nicht vom Kapitalanteil, sondern von der Einlage des Erblassers auszugehen ist. Abzulehnen ist aber die rechtliche Folge, die einzelne Vertreter aus der herrschenden Meinung ableiten wollen, in dem sie annehmen, dass der Kommanditist gewordene Erbe, falls der Kapitalanteil die Einlage übersteige, den Differenzbetrag von den Gesellschaftern herausverlangen könne.[8][9][10]

Diese Annahme entbehrt nicht nur der Stütze im Gesetz, sondern widerspricht auch dem Gesetzeszweck. Das Gesetz spricht nur davon, dass der auf den Erben fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt werde. Wenn aber an dieser Stelle ausnahmsweise nicht vom Kapitalanteil, sondern von der Einlage die Rede ist, so kann das nur den Sinn haben, dass der Kapitalanteil wie bisher in der Gesellschaft verbleibt, der Erbe dagegen nach aussen im Sinne der §§ 171, 172 H.G.B. nur mit seiner Kommanditeinlage haften soll. Die Denkschrift[11] führt dazu aus: „Dass der Betrag der Einlage, zu deren Leistung sich der Kommanditist seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, nicht unter allen Umständen mit dem Betrage, welcher für seine Haftung gegenüber den Ges.Gläubigern massgebend ist, übereinstimmen muss, dass also der Betrag der Einlage für das Verhältnis unter den Gesellschaftern und gegenüber Dritten ein verschiedener sein kann, ist schon gegenwärtig allgemein anerkannt".

Nur bei dieser Auffassung der Rechtslage kann man dem Zwecke des Gesetzes im § 139 gerecht werden, der wie die Denkschrift[12] betont, dahin geht, einerseits die Haftung des Erben auf

---

[1] Staub zu § 139 Anm. 15.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 10 b.
[3] Makower zu § 139 III c.
[4] Goldmann zu § 139 Anm. 16.
[5] Sames S. 56.
[6] Pinkernelle S. 58.
[7] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 19.
[8] Vergl. Staub zu § 139 Anm. 15.
[9] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 10 b.
[10] Sames S. 56.
[11] Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs Berlin 1897 S. 119.
[12] Dasselbe S. 107.

die Kommanditeinlage zu beschränken, andererseits aber auch das Ges.Kapital dem Unternehmen ungeschmälert zu erhalten. Dieser letztere Zweck würde in den vielen Fällen vereitelt, wo die ursprüngliche geringe Einlage im Laufe der Entwicklung der Gesellschaft zu einem grossen Kapital angewachsen ist, wenn man zulassen wollte, dass der Erbe nur den Betrag der Einlage im Geschäft zu belassen habe.

Es ist denkbar, dass beim Tode des Erblassers die Einlage noch nicht voll einbezahlt oder durch Verluste vermindert ist, dass sonach der Betrag des Kapitalanteils hinter dem der Einlage zurückbleibt. Im ersteren Fall ist der Erbe nach Massgabe des Ges.Vertrags[1] verpflichtet, den fehlenden Betrag der Einlage zu bezahlen, für welche Schuld er nach Erbrechtsgrundsätzen haftet. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge. Mehrere Erben sind im Verhältnis ihrer Erbteile zur Ergänzungszahlung verpflichtet und haften dafür nach den §§ 2058 ff. BGB. Für den zweiten Fall dagegen kommen in erster Linie die Vorschriften der §§ 707 BGB. i. V. m. 105 Abs. 2 HGB. zur Anwendung, wonach der Erbe zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet ist. Die Vorschriften können jedoch, da sie dispositiver Natur sind, durch den Ges.Vertrag dahingehend abgeändert werden, dass der Erbe wie im Fall zu 1 zur Ergänzung verpflichtet ist.[2] Staub[3] nimmt abweichend an, dass der Erbe ohne Unterschied immer zur Ergänzung der fehlenden Einlage verpflichtet sei, wenn der Kapitalanteil geringer als die Einlage sei.

Bezüglich des Gewinnanteils des Erbenkommanditisten setzt der § 139 Abs. 1 die sonst für den Kommanditisten geltenden Bestimmungen des § 168 Abs. 2 ausser Kraft. Der Erbe kann danach denselben Gewinnanteil verlangen wie sein Erblasser. Diese Vorschrift enthält aber nur nachgiebiges Recht[4], kann also durch die Forts.Klausel abgeändert werden und trägt damit der Tatsache Rechnung, dass der Kommanditist von der Geschäftsführungspflicht befreit ist und ein nur auf seine Einlage begrenztes Haftungsrisiko trägt. Die Gewinnanteile mehrerer Miterben werden entsprechend ihren Erbquoten vermindert[5,6]. Was die Frage der Haftung des Erbenkommanditisten für die Ges.Schulden betrifft, so ist zu unterscheiden zwischen solchen, die vor und solchen, die nach Beginn der Kommanditistenstellung entstanden sind. Nach der Konstruktion des § 139 wird der Erbe mit dem Erbfall offener Handelsgesellschafter und bleibt es so lange, als nicht ein von ihm

[1] Vergl. § 111 HGB.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 10 b.
[3] Staub zu § 139 Anm. 15.
[4] Vergl. § 139 Abs. 5. HGB.
[5] Staub zu § 139 Anm. 10.
[6] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 10 c.

gestellter Kommanditistenantrag angenommen oder er aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.

Er müsste danach für die bis zum Beginn seiner Kommand.-Stellung entstandenen Ges.Schulden unbeschränkbar mit seinem ganzen Vermögen im Sinne der §§ 128/130 HGB. haften. Damit wäre aber der Zweck des Gesetzes, dem Erben Haftungsschutz zu gewähren, nahezu verfehlt. Um dies zu vermeiden, durchbricht das Gesetz bezüglich der Haftung die Rechtsfolgen seiner Konstruktion und regelt die Haftung des Erben bis zum Beginn seiner Kommand.Stellung nicht nach Gesellschafts- sondern nach Erbrechtsgrundsätzen. Der Erbe haftet daher nach Massgabe der §§ 1967 ff., 1975 ff., 1990 ff. BGB.[1][2][3][4] Streitig in dieser Haftungsfrage ist nun das Verhältnis der §§ 139 Abs. 4 und 173 HGB. Düringer-Hachenburg[5] vertreten hiezu die vereinzelnt gebliebene Meinung, dass der § 173 trotz des § 139 Abs. 4 in Geltung bleibe, wenn der Erbe Kommanditist geworden sei. Der Erbe hafte daher für die vor Beginn seiner Kommand.Stellung vorhandenen Ges. Schulden, zwar nach den genannten Erbrechtsvorschriften, aber auch gleichzeitig i. S. des § 173 als Kommanditist. Nicht nur die Nachlassmasse oder Nachlasskonkursmasse bei beschränkter Haftung, so wie die herrschende Meinung will, sondern auch die Einlage des Erbenkommanditisten sollen dem Zugriffe der Ges.Gläubiger offenstehen.

Diese Ansicht ist in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung abzulehnen. Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen, da der Erbe n u r nach Massgabe der Erbrechtsvorschriften haften soll. Aber auch die Systematik des Gesetzes im Absatz 4 des § 139 ist damit unvereinbar. Denn der Gesetzgeber hätte nicht für drei verschieden geartete Tatbestände (Ausscheiden des Erben, Auflösung der Gesellschaft, Kommand.Stellung des Erben) in einem (1) Satz dieselbe Haftungsvorschrift erlassen, wenn für einen dieser Tatbestände noch andere Haftungsvorschriften in Betracht kämen. Endlich ist noch zu erwähnen, dass der § 173 auch deswegen ausser Betracht zu bleiben hat, weil er sich nur auf den Fall des Neueintritts eines Kommanditisten in eine Gesellschaft bezieht, während im Bereich des § 139 der Erbe als Kommanditist nicht neu in die Gesellschaft eintritt, sondern nur innerhalb der Gesellschaft seine Stellung wechselt.[6]

Den Vorzug der Haftung nach Erbrechtsgrundsätzen gewährt das Gesetz dem Erben nur dann, wenn er innerhalb der im § 139 Abs. 3 bezeichneten Dreimonatsfrist Kommanditist geworden ist. Hat er die Frist untätig verstreichen lassen und ist er erst nachträg-

---

[1] Staub zu § 139 Anm. 17.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 7.
[3] Kretzschmar in Lobe's Zentr. Blatt Jg. 17 S. 8.
[4] Riesenfeld, Erbenhaftung, S. 121 II.
[5] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 21.
[6] Sames S. 61 Anm. 2.

lich Kommanditist geworden, dann findet der Absatz 4 keine Anwendung. Der Erbe haftet dann für die bis zum Beginn seiner Kommand.Stellung vorhandenen Ges.Schulden nach § 128 HGB.

Für die nach Beginn seiner Kommand.Stellung entstehenden Ges.Schulden haftet der Erbe wie ein Kammanditist im Sinne der §§ 171 172, wobei es dann gleichgültig ist, ob er vor oder nach Ablauf der Dreimonatsfrist Kommanditist geworden ist. Er haftet also mit den übrigen Gesellschaftern zusammen als Gesamtschuldner, er jedoch mit der Beschränkung auf die Kommanditeinlage. Seine Haftung ist nicht dem Wesen, sondern nur dem Umfang nach von der Haftung der offenen Gesellschafter verschieden. Ist die Einlage schon Bestandteil des Ges.Vermögens geworden, sei es, dass der Kapitalanteil des Erblassers beim Erbfall den Betrag der Einlage überstieg, oder der Erbe einen fehlenden Teilbetrag ergänzt hat, so entfällt die unmittelbare Haftung.[1]

Bedeutsam für die Haftung des Kommanditist gewordenen Erben ist auch die Vorschrift des § 176 Abs. 2 HGB. Danach haftet er trotz seiner Kommand. Stellung für die nunmehr entstehenden Ges.Schulden so lange wie ein offener Gesellschafter, als er nicht im Handelsregister als Kommanditist eingetragen ist, es sei denn, dass seine Kommand.Eigenschaft dem betreffenden Gläubiger bekannt war. Der Erbe ist daher, um der Gefahr einer unbeschränkten Haftung zu entgehen, genötigt, gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern seine Beteiligung als Kommanditist sofort zum Handelsregister anzumelden.[2] Verweigern die übrigen Gesellschafter ihre notwendige Mitwirkung, dann muss diese im Wege der Klage durch Urteil ersetzt werden.[3]

Wird der Erbe infolge mangelnder Eintragung von einem Ges.Gläubiger über den Betrag seiner Einlage hinaus in Anspruch genommen, so erwächst ihm für diesen Schaden ein Regressanspruch gegen die übrigen Gesellschafter.[4] Denn seine Vollhaftung bezieht sich nur auf das Aussenverhältnis, den Ges.Gläubigern gegenüber. Im Innenverhältnis dagegen richtet sich die Verteilung der Lasten und Aufwendungen nur nach den Bestimmungen des Ges.Vertrags.

F.

Der ausscheidende Erbe.

Die überlebenden Gesellschafter können den Kommand.Antrag des Erben, gleichviel aus welchen Gründen ablehnen, wodurch dem Erben kraft Gesetzes ein sofortiges Austrittsrecht erwächst, dessen Geltendmachung jedoch an die Ausschlussfrist des § 139 Abs. 3 geknüpft ist. Unterlässt der Erbe eine rechtzeitige Austritts-

[1] Vergl. § 171 Abs. 2 HGB.
[2] Vergl. §§ 107, 108, 161 Abs. 2 HGB.
[3] Vergl. § 16 HGB.; § 894 ZPO.
[4] Vergl. §§ 110, 161 Asb. 2 HGB.

erklärung, so bleibt er offener Handelsgesellschafter. Ist sie rechtzeitig abgegeben worden, so scheidet er aus der Gesellschaft aus, während diese unter den überlebenden Gesellschaftern fortbesteht.[1] [2] Staub[3] will das Fortbestehen der Gesellschaft nur dann anerkennen, wenn eine dahingehende Bestimmung im Ges.Vertrag enthalten ist. oder die Gesellschafter die Fortsetzung nach dem Austritt des Erben beschliessen.

Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Schon der Wortlaut des Gesetzes, der von dem Ausscheiden des Erben aus der Gesellschaft spricht, steht dieser Meinung entgegen; denn mit dem Begriff „Ausscheiden" verbindet der allgemeine Sprachgebrauch und das Gesetz[4] die Vorstellung, dass der Bestand der Gesellschaft als solcher unberührt bleibt und sich nur die Zahl der Gesellschafter vermindert. Daneben kann aber niemals, wie Staub ausführt, der Tod des Erblassers der Auflösungsgrund sein; denn die Forts.Klausel bestimmte im Gegenteil das Fortbestehen mit den Erben und die Gesellschaft bestand auch tatsächlich bis zum Austritt des Erben fort. Ein anderer Auflösungsgrund ist aber unerfindlich.

Bezüglich der Rechtsstellung des ausgeschiedenen Erben ist im wesentlichen auf die Ausführungen des 2. Kapitels zu verweisen. Der Zeitpunkt der Auseinandersetzung ist aber nicht wie dort der Erbfall, sondern der Zugang der Austrittserklärung an alle Gesellschafter. Zu erwähnen ist, dass der Erbe auch für die zwischen dem Erbfall und seinem Austritt entstandenen Ges.Schulden i. S. des § 139 Abs. 4 nach Erbrechtsgrundsätzen haftet, für später entstehende Schulden dagegen überhaupt nicht, da er von diesem Zeitpunkt an nicht mehr Gesellschafter ist.

Auf den Ausschluss seiner Haftung kann er sich aber erst dann berufen, wenn sein Austritt im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, es sei denn, dass der betreffende Gläubiger den Austritt kannte.[5] Dieser Grundsatz entfällt nicht dadurch, dass die Eintragung des Erben innerhalb der dreimonatlichen Schwebezeit nicht für erforderlich erachtet wird. Denn auch bei Nichteintragung darf ein Ges.Gläubiger, der anderweitig von der Mitgliedschaft des Erben Kenntnis erhalten hat, auf dessen Haftung solange vertrauen, bis ein Eintrag ihn auf das Ausscheiden hinweist.[6] [7] Solange danach der Austritt des Erben nicht eingetragen ist, haftet er unter den Voraussetzungen des § 15 HGB. nach den §§ 128/130 unbeschränkt; denn die erbrechtlichen Haftungsgrundsätze fallen mit seinem Austritt weg.

---

[1] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 26.
[2] Sames S. 64.
[3] Staub zu § 139 Anm. 20.
[4] Vergl. § 738 BGB.
[5] Vergl. §§ 143 Abs. 2, 15 HGB.
[6] Staub zu § 139 Anm. 19.
[7] Sames S. 67.

Eine Gesellschaft kann begrifflich nur bestehen, wenn ihr mindestens zwei Mitglieder angehören. Zweifelhaft und bestritten ist daher die Rechtslage, wenn nach dem Austritt eines oder mehrerer Erben nur ein Gesellschafter übrig bleibt. Staub[1] und Düringer-Hachenburg[2] nehmen an — ersterer in Analogie zu § 142 HGB., letzterer um dem Zwecke des Gesetzes gerecht zu werden — dass dem übrigbleibenden einzigen Gesellschafter das Recht zustehen müsse, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, und den ausgeschiedenen Erben wie beim Fortbestand der Gesellschaft i. S. des § 138 HGB. abzufinden. Sames.[3] dagegen will auch für diesen Tatbestand die allgemeinen Auflösungsregeln der §§ 145 ff. HGB. und 730 ff. BGB. anwenden. Nach seiner Ansicht wird durch den Austritt des Erben die Gesellschaft aufgelöst und für den Erben ein Recht auf Durchführung der Liquidation und ein Anspruch auf die Liquid.Quote begründet. Eine Uebernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven, meint er, könne nur durch eine, das Recht auf Liquidation ausschliessende Vereinbarung des Erben und einzigen Gesellschafters erfolgen, daher niemals gegen den Willen des Erben.

Zweifellos ist, dass die Gesellschaft als solche infolge des Austritts des Erben zu bestehen aufgehört hat. Denn auch eine Liquid.-Ges. mit einem (1) Gesellschafter ist begrifflich undenkbar. Die Annahme einer Liquid.Ges., bestehend aus dem Gesellschafter und dem Erben, ist gleichfalls abwegig, weil der Erbe aus der O.H.G. ausgeschieden ist und daher nicht Mitglied der Liquid.Ges. sein kann. Eine Lösung ist vielmehr dem Grundsatz der Anwachsung des § 738 BGB. i. V. m. § 105 Abs. 2 HGB. zu entnehmen. Infolge des Austritts des Erben stehen die Summe aller Ges.Rechte nicht mehr der Zweiheit der Gesellschafter, sondern dem übrigbleibenden einzigen Gesellschafter zu. Aus der Sozialberechtigung am Ges. Vermögen ist eine Individualberechtigung geworden. Der übrigbleibende Gesellschafter hat daher nicht nur ein Recht auf Uebernahme des Geschäfts, sondern ist kraft Gesetzes Alleininhaber mit Aktiven und Passiven geworden. Der ausgeschiedene Erbe hat daher kein Recht auf Durchführung der Liquidation und auf die Liquid.Quote; denn die frühere Gesellschaft ist nicht aufgelöst worden und die §§ 145 ff. HGB. bleiben daher ausser Betracht. Er hat aber die Rechte aus den §§ 738/740 BGB. gegen den übrigbleibenden Gesellschafter.[4]

---

[1] Staub zu § 139 Anm. 20.
[2] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 29.
[3] Sames S. 68.
[4] Staudinger zu § 736 I BGB. Nr. 4.

G.

Der Erbe bei Auflösung der Gesellschaft.

Das Gesetz regelt im Absatz 4 des § 139 die Haftung des Erbengesellschafters für den Fall, dass die Gesellschaft innerhalb der im Absatz 3 bezeichneten Dreimonatsfrist und vor Ausübung der dem Erben im Absatz 1 und 2 verliehenen Rechte aufgelöst wird. Es ist dabei gleichgültig, ob die Auflösung auf einem der im § 139 benannten gesetzlichen Gründe oder dem Ges.Vertrag beruht. Ausser jener Haftungsvorschrift enthält das Gesetz keine näheren Angaben über die Rechtsstellung des Erbengesellschafters, so dass diese nach allgemeinen Regeln zu bestimmen ist.

Eine aufgelöste O.H.G. kann im Sinne des § 139 nicht mehr fortgesetzt werden, da diese Vorschrift eine bestehende Gesellschaft voraussetzt. Dem Erben stehen daher die im § 139 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nicht mehr zu; er kann nicht mehr Kommanditist werden und hat auch das ihm bei Ablehnung des Antrags erwachsende Ausscheidungsrecht verloren. Der Schwebezustand ist vor Ablauf der Dreimonatsfrist beendet und der Erbe endgültig Gesellschafter, und zwar der Liquid.Ges. geworden. Damit hat er alle Rechte und Pflichten eines solchen i. S. der §§ 145 ff. HGB., insbesondere eine gesamthänderische Berechtigung am Ges.Vermögen, ein Recht auf Durchführung der Liquidation und auf Bezahlung einer Liquid.Quote. Er ist im Zweifel Liquidator und Beteiligter i. S. der §§ 146, 147, 152 HGB.

Bedeutsam in diesem Zusammenhang ist vor allem die Haftungsfrage. Es ist zu unterscheiden zwischen Ges.Schulden, die vor und solchen, die nach Auflösung der Gesellschaft entstanden sind. Zwar ist der Erbe mit dem Erbfall vorläufig und infolge der Auflösung der Gesellschaft endgültig Gesellschafter geworden und müsste daher nach § 128 HGB. für alle vor und nach der Auflösung entstandenen Ges.Schulden unbeschränkt und persönlich haften. Damit wäre aber der Zweck des Gesetzes, dem Erben Haftungsschutz zu gewähren, verfehlt. Daher ersetzt das Gesetz die sich aus seiner Konstruktion ergebenden Haftungsgrundsätze des Gesellschaftsrechts durch diejenigen des Erbrechts, indem es im § 139 Abs. 4 bestimmt, dass der Erbe für die bis zur Auflösung entstandenen Ges.Schulden nur nach Massgabe der die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des BGB. zu haften habe.

Zweifelhaft und bestritten ist nun, ob diese für den Erben günstige Haftung i. S. der §§ 1967 ff., 1975 ff. BGB. auch für die im Liquid.Stadium entstehenden Ges.Schulden durchgreift oder nicht. Die herrschende Meinung bejaht die Frage mit der Begründung, dass der vom Gesetzgeber bezweckte Haftungsschutz dem

Erben auch noch nach der Auflösung zugute kommen müsse.[1][2][3][4][5][6] Anderer Ansicht ist Staub[7] und Sames[8] unter Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes.

Man wird der Ansicht Staubs aus zwei Gründen folgen müssen. Zunächst darauf hinzuweisen, dass das Gesetz nach seinem Wortlaut die als lex specialis zu wertende Haftung nach Erbrechtsgrundsätzen ausdrücklich auf die bis zur Auflösung entstandenen Schulden begrenzt. Für die nach diesem Zeitpunkt entstehenden Schulden müssen daher von selbst wieder, die sich aus der Rechtsstellung des Erben als Gesellschafter ergebenden Haftungsvorschriften des § 128 HGB. eingreifen. Man darf nicht, wie die herrschende Meinung, den Zweck des Gesetzes gegen dessen unzweideutigen Wortlaut ins Feld führen.

Weiterhin ist auch daran festzuhalten, dass der Erbe infolge der Auflösung endgültig Gesellschafter der Liquid.Ges. geworden ist und ihn aus diesem Grunde die im § 156 i. V. m. § 128 HGB. bestimmte unbeschränkte und persönliche Haftung trifft.

H.

Der § 139 als zwingendes Recht.

Der gesetzgeberische Zweck des § 139 Abs. 1 bis 4, dem Erben in gewissem Umfang Haftungsschutz zu gewähren, könnte dem Grundsatz der Vertragsfreiheit gemäss durch entgegenstehende Bestimmungen des Ges.Vertrags vereitelt werden. Um dies zu vermeiden hat das Gesetz im Absatz 5 des § 139 die genannten Vorschriften für unabdingbar erklärt und sie damit zum Range zwingenden Rechts erhoben. Jede vertragliche Vereinbarung, die ihrem Inhalt nach geeignet ist, die gesetzliche Regelung ausser Kraft zu setzen oder abzuändern, ist sonach im Sinne des § 134 BGB. nichtig.[9][10] Auf die einzige gesetzliche Ausnahme, die Festsetzung des Gewinnanteils beim Erbenkommanditisten betreffend, ist schon oben Seite 70 hingewiesen worden.

Eine vertragliche Erweiterung der Rechte des Erben, über den Umfang der gesetzlichen Regelung hinaus, ist, soweit sie diese nicht berührt und beeinträchtigt, wohl für zulässig zu halten.[11] Eine natür-

---

[1] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 30.
[2] Lehmann—Ring zu § 139 Nr. 9.
[3] Goldmann zu § 139 Anm. 34.
[4] Makower zu § 139 IV. d.
[5] Wieland S. 688, Anm. 26.
[6] E.R.G. Bd. 72/121.
[7] Staub zu § 139 Anm. 21.
[8] Sames S. 74.
[9] Staub zu § 139 Anm. 23.
[10] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 34.
[11] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 34.

liche Grenze ist aber dort gegeben, wo der Rechtskreis der Gesellschafts- und Nachlassgläubiger beginnt. Denn der Haftungsschutz des Erben bedeutet auf Seiten dieser Gläubiger einen Haftungsnachteil, der nicht willkürlich über den gesetzlichen Umfang hinaus ausgedehnt werden darf, da auch die Gläubigerrechte unter dem Schutze des § 139 Abs. 5 stehen.[1] Daher ist z. B. eine Verkürzung der im Absatz 3 des § 139 gewährten Ueberlegungsfrist im Interesse des Erben, eine Verlängerung derselben aber auch im Interesse der Gläubiger unzulässig. Denn dieser Zeitraum eines Schwebezustandes, in dem es für die Gläubiger ungewiss ist, ob der Erbe für die Ges. Schulden nach Gesellschaftsgrundsätzen oder nach Erbrechtsgrundsätzen haftet, darf nicht über das gesetzliche Mass hinaus verlängert werden.

Die zwingende Natur der Vorschriften des § 139 berührt aber nur die Vertragsfreiheit der Geesllschafter, nicht die Testierfreiheit des Erblassers. Der Erblasser kann zwar im Wege der letztwilligen Verfügung, ebenso wenig wie die Gesellschafter durch Vertrag, die oben dargelegte gesetzliche Rechtslage aufheben oder abändern, er kann aber dem Erben letztwillig, z. B. durch Androhung erbrechtlicher Nachteile, die Ausübung oder Nichtausübung der ihm nach § 139 Abs. 1 und 2 zustehenden Rechte zur Pflicht machen und auf diese Weise seinen Willen zur Geltung bringen.[2 3]

Ebenso muss es natürlich den Gesellschaftern und Erben gestattet sein, die durch den § 139 zwischen ihnen entstandenen Rechtsbeziehungen vertraglich abzuändern. Solche Vereinbarungen sind aber gleichfalls nur insoweit rechtswirksam, als sie die Rechte der Gläubiger aus § 139 nicht beeinträchtigen.

J.

Die Ehefrau als Erbin i. S. des § 139 HGB.

Der zur Fortsetzung der Gesellschaft berufene Erbe i. S. des § 139 kann auch eine Frau sein. Handelt es sich um eine unverheiratete Frau, dann gelten dieselben Grundsätze wie beim Mann, da schon der Art. 6 des A.D.H.G.B. der unverheirateten Frau dieselbe handelsrechtliche Stellung verleiht wie dem Mann. Im neuen HGB. und BGB. ist eine derartige Bestimmung als überflüssig weggelassen worden. Ist dagegen die zur Nachfolgerin bestimmte Erbin eine Ehefrau, dann ist die Einwilligung des Ehemanns zu ihrer handelsgewerblichen Betätigung von rechtlicher Bedeutung.

Der nachfolgenden Erörterung soll der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung zugrunde gelegt werden. Zunächst ist zu bemerken, dass die Frau auch ohne Zustimmung ihres

[1] Staub zu § 139 Anm. 22.
[2] Staub zu § 139 Anm. 24.
[3] Dür.—Hachb. zu § 139 Anm. 34.

Mannes eine ihr anfallende Erbschaft nach Belieben annehmen oder ausschlagen kann.[1] Nimmt sie die Erbschaft an, dann ist sie nach § 139 vorläufig Gesellschafterin geworden, mit allen Rechten und Pflichten, wie sie oben dargestellt sind; sie betreibt im Sinne der §§ 1367, 1405 BGB. ein selbständiges Erwerbsgeschäft.[2]

Obwohl die Frau kraft ihrer unbeschränkten Geschäftsfähigkeit zur Ausübung dieser Tätigkeit befugt ist, ist sie doch durch die aus der ehelichen Gemeinschaft entspringenden sittlichen Pflichten gebunden. Werden solche ehelichen Pflichten infolge ihrer Handelstätigkeit verletzt, dann kann ihr der Mann diese untersagen und sein Verbot durch eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens[3] gerichtlich geltend machen. Der Mann kann sogar mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts die Gesellschaft tristlos kündigen, wenn, was regelmässig zutreffen wird, die Tätigkeit der Frau in persönlicher Dienstleistung besteht und dadurch die ehelichen Interessen beeinträchtigt werden.[4 5 6 7]

Fällt der Ges.Anteil der Frau ins eingebrachte Gut, wovon zunächst zu handeln ist, dann haftet sie nach § 1967 BGB. für die beim Erbfall vorhandenen Ges.Schulden (Nachlasschulden) persönlich mit ihrem ganzen Vermögen. Die Haftung auch des eingebrachten Gutes tritt kraft Gesetzes ohne und gegen den Willen des Ehemannes ein.[7 8] Der Ges.Anteil der Frau wird mangels einer Bestimmung nach § 1369 BGB. eingebrachtes Gut, die Einkünfte dagegen Vorbehaltsgut.[10]

Die weitgehende Haftung des eingebrachten Gutes ist aber gefährlich. Abgesehen vom Fall des § 139 stehen daher dem Mann als Ausfluss seines Verwaltungsrechts gemäss § 1374 BGB. und unabhängig vom Willen der Frau, das Recht auf Anordnung der Nachlassverwaltung, der Nachlasskonkurseröffnung[11] und sonstige Rechtsbehelfe zu, die der Frau als Erbin zur Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlass gegeben sind. Diese Befugnisse sind zwar nur im § 218 Abs. 1 KO. gesetzlich anerkannt; sie werden aber in der Literatur dem Mann allgemein eingeräumt.[12 13 14 15]

Die erbrechtlichen Mittel der Haftungsbeschränkung versagen aber wie oben S. 40 ff. erwähnt, gegenüber dem Grundsatz der un-

[1] Vergl. § 1406 Ziff. 1 BGB.
[2] E.R.G. Bd. 87 102.
[3] Vergl. § 1354 BGB.
[4] Vergl. § 1358 BGB.
[5] Staub Allgem. Einleit. Anm. 63 ff.
[6] Dür.—Hachb. Allgem. Einleit. z. 1. Buch, Anm. 35 ff.
[7] Ullmann, das gesetzl. ehel. Güterrecht in Deutschland S. 124 ff.
[8] Vergl. §§ 1411, 1413 BGB.
[9] Ullmann S. 142 ff.
[10] E.R.G. Bd. 87 103.
[11] Vergl. §§ 1975 ff. BGB., 218 KO.
[12] Staudinger zu § 1406 Nr. 2 a.
[13] Planck zu § 1406 Nr. 2.
[14] Komm. d. R.G.Räte zu § 1406 Nr. 2.
[15] Ullmann S. 143.

beschränkbaren Haftung der Frau als Gesellschafterin. Der Frau bleiben nach Annahme der Erbschaft nur die Rechte aus § 139 Abs. 1 bis 3, insbesondere also den Kommand.Antrag zu stellen, um damit die Haftung auf die Einlage zu beschränken oder bei Ablehnung des Antrags aus der Gesellschaft auszuscheiden.

Fraglich ist nun, ob diese Wahlrechte auch vom Mann mit Wirkung für die Frau ausgeübt werden können. Düringer-Hachenburg[1] verneinen dies mit der Begründung, dass die Rechte aus § 139 ihrem Wesen nach nur von der Frau in Person ausgeübt werden können.

Anderer Ansicht ist aber Ullmann[2]. Er nimmt an, dass mit der Erbschaft auch die der Frau zustehenden Rechte des § 139 Abs. 1 bis 3 zum eingebrachten Gut gehören und daher auch auf sie die allgemeinen Vorschriften der §§ 1373 ff. BGB. Anwendung finden und fährt dann fort: „Die Erklärung, in der Gesellschaft als offener Handelsgesellschafter verbleiben zu wollen, ist eine Verfügung über das Recht, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu fordern, weil damit letzteres Recht aufgehoben wird. Die Frau kann deshalb ohne Einwilligung des Mannes nach § 1398 BGB. diese Erklärung wirksam nicht abgeben; ihre ohne Einwilligung des Mannes abgegebene Erklärung ist unwirksam. Ebenso kann der Mann kraft seines Verwaltungsrechts diese Erklärung ohne Zustimmung der Frau nicht wirksam abgeben, weil er nach § 1375 BGB. ohne ihre Zustimmung über ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht wirksam nicht verfügen kann. Lässt die ordnungsmässige Verwaltung des eingebrachten Gutes die Abgabe der Erklärung erforderlich erscheinen, so kann der Mann die Zustimmung der Frau gemäss § 1379 BGB. ergänzen lassen. Nicht in gleicher Weise kann die Frau die Zustimmung des Mannes gemäss § 1402 BGB. ersetzen lassen, weil es sich bei der Abgabe der Erklärung nicht um eine persönliche Angelegenheit, sondern um ein Rechtsgeschäft, das im Vermögensinteresse der Frau geboten ist, handelt. Anders liegt die Sache bei derjenigen Verfügung über das Recht, die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten zu verlangen, welche im Verstreichenlassen der Frist liegt. Die §§ 1398, 1375 BGB. haben Verfügungen durch Rechtsgeschäfte zur Voraussetzung, während das Verstreichenlassen der Frist ein Rechtsgeschäft nicht ist. Lässt die Frau die Frist verstreichen, ohne die Erklärung abzugeben, so bleibt sie Gesellschafterin. Der Mann ist, wie oben dargelegt, in der Lage, die Folgen durch sein Vorgehen gemäss § 1379 BGB. abzuwenden".

Die Konstruktion Ullmanns ist sehr gekünstelt, teilweise unrichtig und infolge der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts umständlich. Wenn z. B. die Erklärung der Erbin, Gesellschafterin bleiben zu wollen, als Verfügung über das Recht auf Einräumung der Kommand.Stellung angesehen wird, so ist dies unrichtig. Denn

[1] Dür.—Hachb. Allgem. Einleit. z. 1. Bd. Anm. 77.
[2] Ullmann in J.W. 1902 S. 51 Nr. 5.

der Erbe hat nach § 139 gar kein Recht auf Einräumung der Kommand.Stellung, sondern nur auf das Ausscheiden aus der Gesellschaft, wenn ihm die Kommand.Stellung auf seinen Antrag hin nicht gewährt wird. Daher kann auch die Abgabe der erwähnten Erklärung nicht als Verfügung im Sinne des § 1395 BGB. angesehen werden[1].

Dem gegenüber ist Verfasser der Meinung, dass die der Frau nach § 139 Abs. 1 bis 3 zustehenden Wahlrechte auch vom Mann selbständig und mit Wirkung für die Frau ausgeübt werden können, wenn der Ges.Anteil zum eingebrachten Gut gehört. Die Gründe sind folgende: handelt es sich um eine ins eingebrachte Gut fallende Erbschaft der Frau, für die keine Forts.Klausel nach § 139 besteht, dann kann der Mann, wie erwähnt, zum Zwecke der Haftungsbeschränkung die Rechtsbehelfe der §§ 1975 ff., 1993, 1970 BGB. ergreifen, genau wie die Erbin selbst. Der Mann soll dadurch in Stand gesetzt werden, als Verwalter des eingebrachten Gutes die Gefahr einer Haftung desselben abzuwenden, die infolge der Annahme einer überschuldeten Erbschaft seitens der Frau entstehen kann[2]. Ist nun im Fall des § 139 die Geltendmachung dieser Rechtsbehelfe ausgeschlossen, sind der Erbin aber als Ersatz besondere Rechtsbehelfe (Antrag auf Einräumung der Kommand.Stellung oder Ausscheiden) verliehen, so stehen diese in gleicher Weise auch dem Mann der Erbin zu; denn die Rechtsstellung des Ehemanns als Verwalter des eingebrachten Gutes darf nicht durch die Gesellschafterstellung der Frau, die er zunächst nicht verhindern kann, beeinträchtigt werden.

Aus dem Gesetz lässt sich kein Grund dagegen entnehmen, den Rechtsgedanken aus den §§ 1363, 1374, 1975, 1993 BGB. i. V. m. § 218 Abs. 1 K.O. auf den Fall des § 139 zu übertragen. Ein solcher Grund ist insbesondere nicht, wie Düringer-Hachenburg[4] offenbar meinen, darin zu erblicken, dass es der Natur der O.H.G. als eines auf dem Vertrauen der Gesellschafter beruhenden Verhältnisses widerspreche, wenn Rechte der Frau aus dem Ges.Verhältnis auch von dem aussenstehenden Mann ausgeübt werden sollen. Denn während der dreimonatlichen Schwebefrist, innerhalb welcher die Rechte des § 139 Abs. 1 und 2 ausgeübt werden können und müssen, ist die Frau noch nicht endgültig Gesellschafterin. In diesem Zeitraum der Schwebe darf daher nicht auf das Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern abgestellt werden, weil sich ein solches mit Bezug auf die Frau erst entwickeln kann, wenn sie endgültig Gesellschafterin geworden ist.

Die genannten Schutzrechte des Mannes, wozu also auch die Rechte aus § 139 Abs. 1 und 2 gehören, und die aus seinem allgemeinen Verwaltungsrecht am eingebrachten Gut fliessen, können nun

---

[1] Sames S. 48.
[2] Vergl. § 1406 BGB.
[3] Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs Berlin 1897 S. 107.
[4] Dür.—Hachb. Allgem. Einleit. zum 1. Band Anm. 77.

ihrer Natur nach nicht dadurch beeinträchtigt oder aufgehoben werden, dass die Frau auf sie verzichtet. Will z. B. die Frau offene Gesellschafterin bleiben und gibt sie innerhalb der Frist des § 139 Abs. 3 eine dahingehende Erklärung an die übrigen Gesellschafter ab, so wirkt diese nicht gegen den Mann. Er kann trotzdem mit Wirkung für die Frau den Kommand.Antrag stellen und wenn derselbe nicht angenommen wird, das Ausscheiden der Frau erklären.[1]

Fällt der Ges.Anteil der Frau (z. B. nach § 1369 BGB.) ins Vorbehaltsgut, dann entfallen mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht auch die Schutzrechte des Mannes. Die Frau ist selbständige Verwalterin dieses Vermögensteils und daher auch allein befugt, ihre Rechte aus § 139 auszuüben. Der Mann kann indessen die Schutzrechte gefahrlos entbehren, weil kraft Gesetzes die Haftung des eingebrachten Gutes für die Nachlasschulden ausgeschlossen ist.[2]

Was die Ges.Schulden betrifft, die nach dem Erbfall entstehen, so ist die Haftung der Erben dafür verschieden, je nachdem sie Gesellschafterin oder Kommanditistin geworden oder ausgetreten oder aber die Auflösung der Gesellschaft eingetreten ist. Die oben gemachten Ausführungen mit Bezug auf den Mann als Erben gelten in gleicher Weise auch für die Ehefrau.

Wesentlich für die Haftung des eingebrachten Gutes ist die Einwilligung des Mannes zum selbständigen Geschäftsbetrieb der Frau. Der Mann kann nämlich, abgesehen von den genannten Schutzrechten, jede Haftung des eingebrachten Gutes dadurch ausschliessen, dass er seine Einwilligung zum Geschäftsbetrieb der Frau versagt und dieses Verbot ins Güterrechtsregister eintragen lässt.[3] Solchenfalls bleibt die Haftung der Frau, ohne Rücksicht darauf, ob sie Gesellschafterin oder Kommanditistin geworden, ob sie ausgeschieden oder ob die Gesellschaft aufgelöst ist, auf einen Teil ihres Vermögens, das Vorbehaltsgut, beschränkt und erleidet der § 128 HGB. eine Ausnahme.[4 5 6 7]

Hat der Mann dagegen ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung erteilt, dann bilden Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut hinsichtlich der Haftung für die Ges.Schulden eine einheitliche Vermögensmasse.

---

[1] Ullmann S. 143.
[2] Vergl. § 1413 BGB.
[3] Vergl. §§ 1405/1435 BGB.
[4] Vergl. §§ 1405, 1412, 1414 BGB.
[5] Dür.—Hachb. Allgem. Einleit. zum 1. Buch Anm. 73.
[6] Wieland S. 113 ff IV.
[7] Ullmann S. 124 ff. III und S. 215.

Lebenslauf.

Geboren in Feuerbach am 27. Februar 1904 als Sohn des damaligen Eisenbahn-Sekretär Eugen Fellmeth und seiner Ehefrau Johanna geb. Schöning, besuchte ich die Elementarschule und später die Oberrealschule in Cannstatt bis zur Klasse III. Dann trat ich in das Reform-Realgymnasium Stuttgart über, wo ich im Frühjahr 1922 die Reifeprüfung ablegte. Infolge der damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse, die mir einen sofortigen Studienbeginn unmöglich machten, trat ich in die Metallwarenfabrik Knecht in Cannstatt ein und war dort als kaufmännischer Lehrling und Angestellter bis zum Frühjahr 1925 beschäftigt. Im Sommersemester 1925 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften und zwar verbrachte ich die ersten 2 Semester an der Universität in München, weitere 6 Semester in Tübingen. Im Frühjahr 1929 bestand ich in Tübingen die 1. juristische Staatsprüfung und bin gegenwärtig noch im Vorbereitungsdienst tätig.

Erich Fellmeth.